نموذج ترخيص

أنا الطالب: رولا نائل سالم سلامة أمنح الجامعة الأردنية و/ أو من تفوضه ترخيصاً غير حصري دون مقابل بنشر و / أو استعمال و / أو استغلال و / أو ترجمة و / أو تصوير و / أو إعادة إنتاج بأي طريقة كانت سواء ورقية و / أو إلكترونية أو غير ذلك رسالة الماجستير / الدكتوراه المقدمة من قبلي وعنوانها.

التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية الاستثمارية (دراسة مقارنة الأردن، فرنسا)

وذلك لغايات البحث العلمي و / أو التبادل مع المؤسسات التعليمية والجامعات و / أو لأي غاية أخرى تراها الجامعة الأردنية مناسبة، وأمنح الجامعة الحق بالترخيص للغير بجميع أو بعض ما رخصته لها.

اسم الطالب: رولا نائل سالم سلامة

التوقيع: رولا سلامة

التاريخ: ١٢/١١/٢٠١٧

التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية الاستثمارية
(دراسة مقارنة الأردن، فرنسا)

إعداد

رولا نائل سلامة

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد علي الخلايلة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون العام

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

تشرين ثاني، 2017م

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة بعنوان : (التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية الاستثمارية "دراسة مقارنة").

وأجيزت بتاريخ ٢٠١٧/١١/٩.

الأستاذ الدكتور / محمد علي الخلايلة .... مشرفاً ....

أستاذ / القانون الإداري

الأستاذ الدكتور / فياض ملفي القضاة .... عضواً ....

أستاذ / القانون التجاري

الدكتور / وليد سعود القاضي .... عضواً ....

أستاذ مشارك / القانون الإداري

الأستاذ الدكتور / حمدي قبيلات .... عضواً خارجياً ....

أستاذ / القانون الإداري (جامعة الإسراء).

الإهداء

إلى سيدة قلبي الأولى... لمن أتمنى أن أصير عظام سيقانها علّ الله يكرمني فأدخل الجنة...أمي

إلى من زرع بأوردتي عشق الكلمة والإبداع بعد حب الله والوطن...
إلى معلمي الأول وأعظم رجال الأرض في عيني.. أبي

إلى النفس النبيلة التي علمتني أناقة الحضور والكلمات والاستقامة في كل شيء...إلى من هو في أكرم جوار... جدي عبد اللطيف عساف رحمه الله
إلى بصري وبصيرتي في هذه الدنيا... أختيّ (ربى وروان) حفظهما الله ورعاهما ديناً ودنيا

إلى المحامي الدكتور محمد العتوم شكراً وتقديراً وعرفانا بما قدمه لي من نصح وإرشاد

للتي طالما تمنيت أن أستبدل حبر الطابعة بدمي كلما كتبت عنها...
للقبلة الأولى... للوطن للتاريخ...لأرضٍ مسكها دم الشهداء...
إلى عروس عروبتنا فلسطين

الشكر والتقدير

الشكر كل الشكر لرب العالمين شكراً يليق بعظمته، والحمد لله حمداً طيباً وافراً دائماً وأبداً.

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى مشرفي الأستاذ الدكتور محمد الخلايله لتفضله بقبول الإشراف على هذه الأطروحة، ولما بذله من جهد كبير تعجز حروف اللغة العربية عن تكوين عبارة شكر تعادله أو توازيه، إذ لم يتوان علي لحظة واحدة طوال فترة إعداد هذه الدراسة بتقديم النصح والإرشاد والمعلومات القانونية القيمة التي ساهمت في إثراء هذه الدراسة كما أقدر نبل أخلاقه وحسن معاملته وصبره ومتابعته كافة التفاصيل المتعلقة بالأطروحة خطوة بخطوة حتى آخر مرحلة بصدق وإخلاص ودقة متناهية.

وفي هذ المقام أتقدم بالشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الكرام على تفضلهم قراءة هذه الدراسة ومناقشتها، وعلى ملاحظاتهم العلمية القيمة التي سوف ترقى بهذه الدراسة نحو الأفضل إن شاء الله.

لكم مني جميعا خالص الشكر والتقدير والاحترام

قائمة المحتويات

الاختصارات

المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار (الإكسيد)	ICSID International Center for settlement of investment disputes
لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي	UNCITRAL United Nations Commission
تشييد، تشغيل ونقل ملكية	BOT: Build, Operate and Transfer
فيديك: الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين	FIDIC: The International Federation of Consulting Engineers

التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية الاستثمارية

(دراسة مقارنة الأردن - فرنسا)

إعداد

رولا نائل سلامة

المشرف

الأستاذ الدكتور محمد علي الخلايلة

الملخص

انطلاقاً من أهمية العقود الإدارية الدولية الاستثمارية ودورها في إنشاء وتطوير وتسيير المرافق العامة، فقد تناولت هذه الدراسة موضوع التحكيم كوسيلة اتفاقية لفض المنازعات الناشئة عن هذه العقود، أخذا بعين الاعتبار الطبيعة القانونية لمثل هذا النوع من العقود كون الإدارة طرفا فيها إلى جانب المستثمر الأجنبي الذي غالبا ما يكون طرفها الآخر، ولأن محل هذه العقود هو غالبا إنشاء أو تسيير مرافق عامة يناط بها تقديم الخدمات للأفراد.

لقد عالجت هذه الدراسة، التي تتكون من ثلاثة فصول، موضوع التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية الاستثمارية ومن منظور مقارن، وذلك من حيث مفهوم التحكيم بشكل عام ومدى ملاءمته لهذا النوع من العقود، وموقف التشريعين الأردني والفرنسي من هذا الأمر وإجراءات العملية التحكيمية في هذا المجال بما في ذلك تنفيذ حكم التحكيم، وقد خلصت الباحثة إلى مجموعة من النتائج أهمها أن عقود الاستثمار الدولية تندرج وفقا للتكييف القانوني الدقيق لها ضمن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتي عالجها المشرع الأردني مؤخرا في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (31) لسنة (2014)، كما عالجها المشرع الفرنسي في قانون مماثل صدر عام (2004)، حيث سمح المشرع في الدولتين باللجوء إلى التحكيم في مثل هذا النوع من العقود، كما توصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات؛ ومن أهم النتائج لا زال القضاء الإداري في الأردن غير مختص بالرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، لأن المشرع الأردني لم يتناول في قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة (2014) المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بمجملها من اختصاص المحاكم الإدارية، وعن أهم التوصيات فقد تمثلت بضرورة أن يتناول المشرع الأردني الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي بشكل مفصل ومستقل في قانون التحكيم، ووضع الضوابط التي تنظم اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية أسوة بما فعله المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية.

المقدمة

تسعى الدولة الحديثة إلى حماية مصالح الأفراد فيها وتطوير الخدمات التي تقدمها لهم وهو ما دفعها إلى إبرام العديد من العقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري لضمان سير المرافق العامة فيها بانتظام واطراد، وتقديم الخدمات للأفراد في أحسن صورة.

وبالنظر إلى أهمية هذا النوع من العقود وتشجيعا للمستثمر الأجنبي ليكون طرفا فيها ولتعزيز الشراكة بين القطاعين العام والخاص على الصعيدين المحلي والدولي فقد سمحت التشريعات ذات العلاقة باللجوء إلى التحكيم كوسيلة قانونية لحل المنازعات التي قد تنشأ عن مثل هذه العقود، أخذا بعين الأعتبار ما يتمتع به التحكيم من مزايا بالمقارنة مع اللجوء إلى القضاء الوطني للدول المتعاقدة.

وبالرغم من أهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي يمكن أن تنجم عن هذه العقود إلا أن اللجوء إليه كان محل جدل فقهي واسع بين مؤيد ومعارض، وعلى كل حال فإن كلاً من التشريعين الأردني والفرنسي قد سمحا باللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الإدارية الدولية الاستثمارية ضمن مجموعة من الضوابط والأحكام التي ستعالجها هذه الدراسة بشيء من التفصيل، فقد تضمن قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001)، وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل رقم (48) لسنة (2011)، إجراءات العملية التحكيمية وطرق تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم، وأسباب الطعن فيها، إلا أن التشريع الأردني لم يعالج بصورة تفصيلية موضوع التحكيم الدولي، على عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، باستثناء ما يتعلق بحالات الامتناع عن تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي التي وردت على سبيل الحصر في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني لسنة (1952)، وهو ما دعا الباحثة إلى تحليل نصوص اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الآخرى، واتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية؛ لأن هاتين الاتفاقيتين تناولتا تفاصيل وضوابط إجراءات العملية التحكيمية على الصعيد الدولي إذ أن الأردن من الدول التي صادقت عليهما.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في غياب تكييف قانوني دقيق للعقود الإدارية الدولية الاستثمارية بالنظر إلى أن الإدارة هي أحد أطراف العملية العقدية إلى جانب المستثمر الأجنبي، وقد انعكس ذلك على مسألة مدى إمكانية إحالة المنازعات الناشئة عن هذه العقود للمحاكم الإدارية، ومدى

إمكانية اللجوء إلى التحكيم بشأنها، غير أن أهمية هذه العقود ودورها في إنشاء وتسيير المرافق العامة في الدولة وتحقيقها للمصلحة العامة، دفع العديد من الدول ومن بينها الأردن وفرنسا إلى السماح باللجوء للتحكيم كوسيلة اتفاقية بديلة لحسم المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العقود، كما تكمن مشكلة الدراسة في أن المشرع الأردني لم يتناول مسألة التحكيم الدولي بنوع من التفصيل كما أنه لم يسمح للمحكمة الإدارية بمراقبة إجراءات العملية التحكيمية كما فعل المشرع الفرنسي مما يثير التساؤل حول الغاية من إباحة اللجوء للتحكيم الدولي في العقود الإدارية دون منح الصلاحية للمحكمة الإدارية في بسط رقابتها على إجراءات العملية التحكيمية وحكم التحكيم.

وفي ضوء ذلك فإن هذه الدراسة تطرح مجموعة من الأسئلة التي تتولد عنها الكثير من الإشكاليات القانونية، أهمها ما يلي:-

1- ما هو التكييف القانوني للعقود الإدارية الدولية الاستثمارية؟ وما هو موقف المشرع والفقه والقضاء في كل من الأردن وفرنسا من هذه المسألة؟
2- إلى أي مدى يمكن اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية الدولية الاستثمارية في كل من القانون الأردني والقانون الفرنسي؟ وما هي اجراءاته وكيف يتم تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم؟
3- إلى أي مدى يمكن للقضاء الإداري في الأردن أن يراقب حكم التحكيم الإداري الدولي والتأكد من سلامة إجراءاته، وهل يمكن الاستفادة من تجربة القانون الفرنسي في هذا المجال؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في أهمية الموضوع الذي تعالجه، فقانون التحكيم الأردني ما زال باعتقادنا بحاجة إلى التعديل فيما يتعلق بمسألة اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، وهو أمر ينسحب على قانون القضاء الإداري الأردني الذي رغم تنظيمه القضاء الإداري ليكون على درجتين، إلا أنه لا زال يستثني العقود الإدارية من اختصاص المحاكم الإدارية، وهذا ما يدعو إلى الاستفادة من تجربة قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:-

1- بيان التكييف القانوني الدقيق للعقود الإدارية الدولية الاستثمارية، ومدى انطباق معايير العقد الإداري عليها.
2- بيان أهمية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، ومدى موائمته للطبيعة الخاصة لهذه العقود، كون الإدارة العامة طرفا في العملية العقدية إلى جانب المستثمر الأجنبي، ولأن هذه العقود تتعلق غالبا بمرافق عامة وتكون الغاية من إبرامها تحقيق المصلحة العامة وتقديم الخدمات للأفراد.
3- بيان موقف المشرع الأردني والمشرع الفرنسي من اللجوء للتحكيم الدولي في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، ونطاق الرقابة الإدارية التي تمارسها الجهات الإدارية المختصة على أحكام التحكيم الدولي وإجراءاتها وتنفيذها.

الدراسات السابقة:

هناك العديد من المراجع العامة والرسائل الجامعية التي عالجت موضوع التحكيم في العقود الإدارية في القانون الأردني والقانون المقارن، إلا أنه لا يوجد - في حدود ما نعلم - مؤلفات عالجت مسألة التحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية بشكل خاص، وبخاصة بعد صدور قانون الشراكة في القطاعين العام والخاص الأردني لعام (2014)، والذي سمح- كما فعل المشرع الفرنسي – باللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من العقود.

ومن بين الدراسات السابقة التي تناولت جزءاً أو أكثر من موضوعات هذه الأطروحة يمكننا الإشارة إلى مؤلَف الدكتور مراد محمود المواجدة المنشور لدى دار الثقافة للنشر والتوزيع في عمان، الأردن عام (2015) بعنوان " التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة"، وقد تناول المؤلف ماهية التحكيم وموقف الفقه والأنظمة القانونية المقارنة من التحكيم في عقود الدولة، ثم القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، إلا أن دراستنا عالجت موضوع التكييف القانوني للعقود الإدارية الدولية الاستثمارية بوصفها إحدى عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بشكل مقارن بين قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني والفرنسي، ومدى جواز اللجوء للتحكيم فيهما، مع بيان إجراءات العملية التحكيمية وخصوصيتها في هذه العقود

وصولاً إلى تنفيذ الحكم التحكيمي، كما أنها تضمنت الإشارة إلى العديد من الأحكام القضائية الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي التي تؤكد على عدوله عن حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، مع بقاء رقابته على جوانب محددة في الحكم التحكيمي تضمن عدم مخالفته للنظام العام وأمور أخرى تتعلق بتشكيل الهيئة التحكيمية وغيرها من الأمور الآخرى التي سنأتي على بيانها وتفصيلها.

منهج البحث:

تقوم هذه الدراسة على استخدام المنهج الوصفي والتحليلي المقارن، وذلك من خلال وصف كل جزئية من جزئيات الموضوع محل البحث، والإشارة إلى النصوص القانونية والاجتهادات الفقهية والقضائية ذات العلاقة، وتحليلها وإبداء وجهة نظر الباحثة فيها كلما كان ذلك ممكناً ومناسباً، وللإفادة من عمق تجربة القانون الفرنسي في هذا المجال، فقد لجأت الدراسة إلى عملية المقارنة بين النظام القانوني الفرنسي والنظام القانوني الأردني، أخذا بعين الاعتبار أن المقارنة وبخاصة في مجال الدراسات القانونية هي المرآه التي نرى أنفسنا من خلالها، وهي في ذات الوقت النافذة التي نرى من خلالها الآخرين، أملا في الإفادة والاستفادة والوصول إلى أفضل وضع تشريعي ممكن.

محتويات الدراسة:

بناء على ما تقدم ومن أجل تحقيق أهداف الدراسة وفي ضوء المنهجية التي تم اتباعها فقد تم تقسيم موضوعات الدراسة إلى ثلاثة فصول، يتضمن كل منهما مجموعة من المباحث والمطالب، وكما يلي:

الفصل الأول: ماهية التحكيم ومدى موائمته للطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية الاستثمارية.

الفصل الثاني: إجراءات التحكيم وآثارها في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية.

الفصل الثالث: تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية.

الفصل الأول

ماهية التحكيم ومدى موائمته للطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية الاستثمارية

يتمحور هذا الفصل حول تحديد ماهية التحكيم، وإمكانية اللجوء إليه، كإحدى وسائل حل الخلافات المتفرعة عن العقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري، ثم تبيان الطبيعة القانونية لمثل هذه العقود لتلافي ما قد يحدث للقارئ من لبس وغموض مع ذلك النوع الآخر من عقود الاستثمار التجارية البحتة، وهذا ما يثير بدوره عدة تساؤلات حول تحديد مفهوم دقيق للتحكيم كوسيلة رضائية مرنة لفض منازعات العقود الإدارية الدولية بطابعها الاستثماري؟ وما هي ذاتية مثل هذا النوع من الاتفاق وصوره وضوابطه التي يمكن الحديث معها عن إمكانية اللجوء لمثل هذه الوسيلة في حسم المنازعات التي قد تنشأ عن العقود الإدارية الدولية على وجه الخصوص؟ وما هو موقف الفقه من اللجوء للتحكيم كإحدى الوسائل الاستثنائية في فض منازعات العقود الإدارية المتضمنة طرفا أجنبيا؟ وما هي طبيعة العقد الإداري الاستثماري الدولي؟ وهل إن وجود الدولة كأحد أطراف العقد يمنحه خصوصية تميزه عن تلك التي تبرمها الحكومة مع إحدى إداراتها الداخلية، أو المستثمرين غير الأجانب؟ وما هي أركان هذا العقد، وهل يكفي لتمام إبرامه أن يكون صادرا من أطرافه بأهلية كاملة لا تعتريها أي عوارض مادية أو معنوية، مع وجوب أن يكون مضافا لمحله ولسبب مشروع دون أن تشوبه شبهة مخالفة النظام العام أو الغموض؟ أم إن للكتابة مرتبة الشرط الرابع بما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية؟ وما هي وجهة نظر الباحثة فيما سبق؟

وستتناول الباحثة الإجابة عن كل هذه التساؤلات في هذا الفصل الذي يتكون من مبحثين تم تقسيمهما على النحو التالي:

- **المبحث الأول: ماهية التحكيم ومدى إمكانية اللجوء إليه لفض منازعات العقود الإدارية الدولية**
- **المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري وأركانها**

المبحث الأول

ماهية التحكيم ومدى إمكانية اللجوء إليه لفض منازعات العقود الإدارية الدولية

تعود الولاية الأصيلة في فض المنازعات للقضاء الذي يمثل بدوره سيادة الدولة، بيد أن مستجدات العصر ومرونة بعض القضايا التي تقتضي سرعة حسمها، وإنهاء الخلافات التي تنبثق عنها أدى لظهور وسائل اتفاقية أخرى، والتي يلجأ إليها أطراف النزاع في حسم منازعاتهم، سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين، ومن ضمنها التحكيم بشقيه الداخلي والدولي، غير أننا سنتناول في هذه الدراسة الشق الثاني دون الأول، وعلى وجه التحديد ذلك الذي يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام بينما يكون الطرف الثاني مستثمرا أجنبيا، وبهذا يعد التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية بطابعها الاستثماري بمثابة نظام لحل المنازعات التي تنشأ بين الدولة من جهة وبين المستثمر الأجنبي من جهة أخرى، ورغم حداثة هذا النظام نسبيا إلا أنه لاقى رواجا واسعا في حسم الكثير من القضايا القانونية العالقة، حيث زاد الاهتمام بإنشاء العقود الدولية التي تضمنت إحالة ما قد ينشأ بين طرفيها من خلافات لمثل هذه الوسيلة المرنة المطواعة، رغبة من المستثمر الأجنبي في انتقاء النظام الأكثر عدالة وشفافية وسرعة وثقة في إنهاء المشكلات التي قد تؤثر على سير العملية العقدية، فتعيق تقدم المشروع وتعرقل تحقيق العوائد الربحية المتوخاه منه.

وفي ذات السياق أيضا يشار إلى أن العقود الدولية التي تضمنت إحالة منازعاتها للتحكيم لم تعد تقتصر فقط على تلك المتصلة بالتجارة بل بات من الطبيعي أيضا أن يرد مثل هذا الشرط في العقود الإدارية الدولية، خصوصا بعد اتساع صور الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فما هو المفهوم الدقيق لنظام التحكيم بصورة عامة؟ وما هي صوره ومحدداته؟ وماذا عن الخلاف الفقهي حول إمكانية اللجوء لمثل هذه الوسيلة في العقود الإدارية الدولية على وجه الخصوص؟

وعليه؛ فإننا سنعالج موضوعات هذا المبحث في مطلبين؛ يتناول الأول منهما ماهية التحكيم وضوابطه، في حين يتناول المطلب الثاني مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم منازعات العقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري.

المطلب الأول: ماهية التحكيم وضوابطه

إن الحديث في ماهية التحكيم وضوابطه يقتضي منا الوقوف أولا عند تعريف التحكيم وطبيعته (الفرع الأول)، ثم الحديث في صور التحكيم (الفرع الثاني)، وضوابط صحة اعتماد اتفاق التحكيم كوسيلة لفض النزاع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التحكيم وطبيعته

تعددت تعريفات التحكيم في شتى فروع القانون كلٌ حسب توجهه والزاوية التي ينظر منها فبينما يرى الفقيه الفرنسي جان روبير أن التحكيم هو: "طريقة قضائية خاصة تخرج أو تنتزع بناءً عليه المنازعات من جهات القضاء المعتادة، لتحل أو لتحسم ويتم الفصل فيها بواسطة أفراد يخولوا أو يمنحوا، أو يقلدوا – في هذه الحالة – مهمة القضاء والفصل فيها"، ذهب كل من الفقيهين الفرنسيين أوبي ودراجو إلى أن التحكيم هو: "إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه، ويحددون سلطاته للفصل بينهم، مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره، ويعتبرونه ملزماً"[1].

ووصف جانب من الفقه التحكيم بأنه عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع ما بعرضه على محكم أو أكثر، للفصل في ضوء قواعد القانون ومبادئه العامه التي تحكم إجراءات التقاضي، أو وفقا لقواعد العدالة، مع التزامهم بقبول الحكم المنبثق عن التحكيم والذي يحوز حجية الأمر المقضي ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية التي يراد تنفيذه في نطاق اختصاصها.[2]

وبهذا يعد التحكيم أحد أهم الوسائل الاتفاقية لحسم نزاع يكون مصدره علاقة قانونية سواء أكان مصدرها التزاماً عقدياً، أم غير عقدي، يتفق أطرافها على اختيار محكم أو أكثر؛ ليفصل في المنازعات القائمة أو المستقبلية بشأن تلك العلاقة، كما يكون للحكم الصادر عما يطلق عليه بالهيئة التحكيمية (صفة الإلزام)، وهذا ما أكدت عليه المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت في الفقرة الأولى منها على أن ((اتفاق التحكيم هو اتفاق بين

---

(1) et s’engagent á accepter la sentence" arbitrale et à la considérer comme obligatoire" ساري، جورجي (1999)، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 18، 19.

(2) العصار، يسري(2002) التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مصر، دار النهضة العربية دون طبعة، ص14.

الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع، أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت، أو قد تنشأ بينها بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية، أو غير تعاقدية))[1].

كما أسس أنصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم وجهة نظرهم بالاستناد لإرادة أطراف النزاع بحيث أن كافة مراحل العملية التحكيمية، بدءاً من الاتفاق على اللجوء إليه ومرورا بإجراءاته حتى صدور الحكم الملزم فيه تخضع لإرادة أطرافه، وقبولهم الانصياع لهذه الصفة الإلزامية، بيد أن جانبا فقهيا آخر أسبغ على التحكيم الصفة القضائية، مدعما رأيه بالاستناد لسببين أولهما، أن اتفاق أطراف النزاع على اللجوء للتحكيم لا يعني سوى التنازل عن حق اللجوء للقضاء الرسمي مفضلين عليه نوعا آخر من القضاء هو التحكيم، والذي يعد بمثابة قضاء خاص، وثانيهما أن حكم التحكيم تتوافر له كافة خصائص العمل القضائي وفقا للمعايير المحددة لذلك العمل، ما عدا خاصية واحدة هي صدوره من هيئة خاصة، وليس من هيئة عامة، مضافاً إلى ذلك ما يحوزه حكم التحكيم من حجية الأمر المقضي به[2].

ويسمي جانب من الفقه طبيعة العملية التحكيمية بأنها وسيلة فعالة ومستقلة، رافضين الاعتراف بطبيعتها القضائية؛ لأن التحكيم أسبق في وجوده من القضاء كما عززوا رفضهم للطبيعة العقدية للتحكيم بقولهم: "إن اتفاق التحكيم والذي على أساسه أسبغت الصفة العقدية على التحكيم ليس هو جوهر التحكيم، حيث إن ذلك وإن كان يصدق على التحكيم الاختياري، إلا أن هناك تحكيم إجباري في بعض المنازعات لا تكون لإرادة الأطراف دور في قيامه حيث يلتزمون باللجوء إليه، كما أن اختيار المحكمين قد يتم بواسطة المحكمة المختصة، أو من خلال مراكز التحكيم الدائمة، مضافا إلى ذلك كله عدم التزامهم -أي المحكمين- بقواعد القانون الإجرائية، وإن جل ما يتقيدون به هي الضمانات الأساسية للتقاضي فقط".[3]

ونحن - مع الاحترام - نرد على الحجة التي انتزع بها هذا الجانب الطبيعة العقدية عن التحكيم تحت ذريعة أن هناك جانب قسري تنعدم به إرادة الأطراف، مؤداه الخروج عن حرية الاختيار والرضى، والاعتداد بالتحكيم الإجباري، بأن غالبية التشريعات أكدت على الطبيعة الاتفاقية للتحكيم التي تقوم أساسا على الرضى السابق والمستمر حتى صدور القرار التحكيمي ودون أن تعتريه شائبة من عوارض الأهلية أو موبقات الإرادة وتضليلها مثل الإكراه، أو التغرير

---

(1) قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لسنة (1985) بصيغته التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري والمعدلة في عام (2006).

(2) عبد المنعم، خليفة (2011)، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة تحليلية تطبيقية الاسكندرية منشأة المعارف، ط1، ص 28.

(3) راغب، وجدي، بحث بعنوان (هل التحكيم نوع من القضاء)،(1993)، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الأول، ص 13.

والغبن وغيرها مما شأنه تغير مسار الإرادة عن اتجاهها السليم، ويضاف إلى ذلك اشتراط الكتابة التي تجد أساسها في العقود بشكل عام، والتي سنرى بأن توجه المشرع وصل بحد تجاهل هذا الشرط إلى بطلان اتفاق التحكيم وعلى هذا النهج التشريعي القويم سار كل من المشرع الأردني والفرنسي معا.

وتأسيسا على ما سبق وصف المشرّع الأردني في قانون التحكيم لسنة (2001) في كل من المواد (9-10-11) التحكيم بأنه "اتفاق" [1]، وانعكاساً لتصور المشرّع، وجدت الباحثة بأن محكمة التمييز الأردنية قد تبنت النظرية العقدية للتحكيم، ففي قرارها رقم (54/132) أشارت إلى أن "الاتفاق على التحكيم عقد يتم برضى الطرفين واختيارهما، ويعد عقداً صحيحاً سواء تم أمام المحكمة أو خارجها، وسواء أكانت المحكمة التي يقع الاتفاق أمامها مختصة بالنظر في أصل النزاع الذي أحيل على التحكيم أو لم تكن"[2].

إلا أننا نتفق مع ذلك الجانب الفقهي الذي اعتبر بدوره أن الاتفاق على التحكيم هو عمل تعاقدي رضائي مستقل عن أي شيء آخر، وأن تنفيذه شكلاً وموضوعاً هو عمل قضائي له مصدره وإجراءاته، وموضوعه، وغاياته، وآثاره التي يقوم عليها، وتتحقق ضمن إطار تنظيمي خاص[3].

وتجد الباحثة في هذا الطرح منطق قانوني سليم، وتحليل دقيق للعملية التحكيمية بوصفها اتفاق عقدي قائم على التراضي، وحرية الإرادة من حيث تكوين هذا النظام، وأن القرار الذي يؤسس على اختيار الأطراف من يمثلونهم في فض النزاع والذي يحوز بدوره على حجة الأمر المقضي به، هو عمل قضائي لا محالة، وما يميزه عن الاحتكام للقضاء، طريقة اللجوء إليه بوصفه وسيلة اتفاقية يتم اللجوء إليها برغبة من أطرافها، لا بمجرد رفع تفاصيل النزاع للمحاكم المختصة.

وكانت المادة الأولى من قانون التحكيم الفرنسي تنص على أن التحكيم هو إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق التحكيم [4].

---

(1) قانون التحكيم الأردني، رقم (31) لسنة (2001).
(2) من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.
(3) عبد الهادي، بشار، (2005)، التحكيم في منازعات العقود الادارية، ط1، عمان: دار وائل للنشر، ط1 ص 33.
(4) ساري، جورجي، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص21.

وعبارة (l’arbitrage est un procédé privé) الواردة في صدر المادة سابقة الذكر تفيد أن توجه المشرّع الفرنسي بشأن التحكيم كان مرناً للحد الذي اعترف فيه بخصوصية هذه الطريقة بشكل أو بآخر، مما يظهر اختلافا شاسعاً بين ما رمى إليه المشرّع الأردني والذي صرح وفي أكثر من موضع إلى الطبيعة الاتفاقية للتحكيم، وبين ذلك الفرنسي الذي اعتبره بمثابة الإجراء الخاص مما يؤكد على الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم في قانوننا الأردني التي لا تجد لها نظيرا في التشريع الفرنسي، بيد أن المشرع الفرنسي تدارك تلك الفجوة في التعديلات الجديدة التي أجراها على الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية المتعلق بالتحكيم، حيث تناول في مطلع كل من المواد (1442) و(1443)و(1444) من القانون ذاته كل من العبارات الأتية وعلى التوالي (يتخذ اتفاق التحكيم) و(يجب أن يكون اتفاق التحكيم) و(يعين اتفاق التحكيم) والذي يعني (convention (d'arbitrage وفقا للاصطلاح القانوني الفرنسي.[1]

هذا وقد عرف الفقيه الفرنسي (DALLOZ) دالوز، اتفاق التحكيم بأنه: **"**اتفاق مستقل عن العقد الذي يتعلق به، فعندما يكون باطلا يعتبر وكأنه لم يذكر ولا يؤثر على صحة العقد**"**[2].

ومعنى ذلك أنه لا يمكن أن نتلافي ما لطبيعة النظام التحكيمي من انعكاسات أدت بدورها إلى خلق المشكلات القانونية، والعملية التي ستحاول الباحثة جاهدة – قدر ما أمكن– إيجاد الحلول الناجعة لها من خلال تطويع النصوص المختصة في القوانين ذات الصلة مع ما يلائم خصوصية العقود الإدارية الدولية بطابعها الاستثماري، وهل أنها ورغم التضارب الفقهي طويل الأمد، وشديد التناقض نجحت في أن تكون الوسيلة الفعالة في إنهاء منازعات هذا النوع الخاص من العقود؟!. هذا ما سيكون محور الدراسة في المبحث الثاني من هذا الفصل.

الفرع الثاني: صور التحكيم

يمكن أن يأخذ التحكيم صورة الشرط المدرج في العقد، والذي بموجبه يصار إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ مستقبلاً، أو لفض نزاع قد يحدث في قضية معينة، أو أن نكون أمام ما يسمى بمشارطة التحكيم إذا خلا العقد المبرم بين الطرفين من شرط في العقد، وإنما تم الاتفاق بينهما بمناسبة نزاع قائم فعلا لحله بطريقة التحكيم.

---

(1) قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المتعلق بالتحكيم كما تم تعديلها بالمرسوم رقم (2011-48)، الصادر بتاريخ (13 /2011/1).

(2) DALLOZ.LEXIQUE DES TERMES JURIDIQUES - 2016- 2017, imprimé en Italie par L.E.G.O.S.P.A (la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte n'était pas affectée par l'efficacité du celui-ci inversement la clause compromissoire lorsqu'elle est nulle est réputée non n'affectant pas la validité du contrat auquel elle devait s'appliquer) Écrite

أولا: شرط التحكيم

تناول المشرع الأردني في صدر المادة (11) من قانون التحكيم الأردني شكل اتفاق التحكيم الذي يتضمن الصورة الأولى منه، ألا وهي (شرط التحكيم)، حيث نص على أنه: "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع، سواء كان مستقلا بذاته، أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات، أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين".

غير أن الناظر في نص المادة (1442) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي يلاحظ دقة المشرع في إيضاح الفارق ما بين صورتي الشرط والمشارطة، الذي عبر به عن شرط التحكيم بمصطلح (بند التحكيم)، معقبا ذلك بإيضاحه لمفهومه واصفا إياه بـ"الاتفاق الذي يتعهد بموجبه الأطراف في عقد، أو عدة عقود على إحالة المنازعات التي يمكن أن تنشأ فيما يتعلق بهذا العقد أو بهذه العقود للتحكيم"، ولربما أراد المشرع الفرنسي بذلك، قطع طريق الاجتهاد لما ورد في النص لأن مهمة التفسير عادة ما تكون وظيفة فقهاء القانون لا المشرع.

وعن الفقه فقد عرف جانب منه شرط التحكيم بقوله: "هو عبارة عن بند وارد ضمن بنود عقد معين، يكون مبرما بين أطراف الاتفاق على التحكيم، يرد في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، أو أن يكون في وثيقة مستقلة عنه ومنفصلا عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه، وفي جميع الأحوال يكون شرط التحكيم سابقا على نشوء النزاع"[1].

وعرفه جانب فقهي آخر بأنه: "اتفاق يرد ضمن نصوص عقد معين، على التزام أطرافه باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما ينشأ عن تنفيذه من منازعات مستقبلية، وفي ذات الصدد أضاف الاتجاه الفقهي ذاته بأن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على تسوية منازعات العقد بالتحكيم في وثيقة مستقلة عن العقد، حيث تعد بمثابة ملحق له، وأن هذا لا يتنافي مع الأصل أي إدراج شرط التحكيم في صلب العقد".[2]

ويرد الشرط عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، سواء كان عقدا مدنيا أو تجاريا، أو إداريا، فيتفق طرفا العقد - مثلا - على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد، أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم، وعندئذ يرد التحكيم على أي نزاع يحدث في المستقبل حول هذا التفسير أو التنفيذ فلا ينصب حينها على نزاع بعينه على أنه لا يوجد ما يمنع من ورود الشرط في اتفاق لاحق قبل نشوء أي نزاع، وأحيانا قد يتشدد المشرع نظرا لما لشرط التحكيم من أثر خطير، وهو حماية المتعاقد من اللجوء إلى قضاء الدولة، حيث تتطلب بعض القوانين، أن يرد شرط التحكيم في اتفاق خاص منفصل عن شروط الاتفاق الأصلي تحت طائلة البطلان، ومن

---

(1) التحيوي، محمود السيد، (2003)، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، القاهرة، دار الفكر الجامعي ط1، ص 36.

(2) عبد العزيز، خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق ذكره، ص 32.

الأمثلة على ذلك نص المادة (750) من التقنين المدني المصري بالنسبة لعقد التأمين، والتي تطلبت أن يرد شرط التحكيم في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة في وثيقة التأمين.[1]

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي، في حكم حديث له صدر بتاريخ (2016/3/9) يحمل الرقم (384092)، ملخص الاعتراض المقدم للأمانة العامة في مجلس الدولة الفرنسي من قبل مؤسسة "رياح الغضب" والاتحاد الوطني لجمعية البيئة المستدامة بالإضافة للشركاء المكلفين مطالبين بقبول شرط التحكيم، معللاً ذلك بأن: "عدم إدراج شرط التحكيم في أوراق الدعوى بسبب خطأ يعود لتقييم رؤوس لأموال الثابتة للمنشآت التي تستخدم الطاقة الميكانيكية للرياح، لا يعد اختراقا لأحكام المادة(314-7) من قانون الطاقة". وتأسيساً على ذلك، عد مجلس الدولة التدخل الذي قامت به هيئة الطاقة المتجددة، والجمعية الفرنسية لطاقة الرياح - الطرف الثاني في الدعوى - مقبولاً، كما ورفض في البند الثاني من القرار الاستنتاجات التي قدمتها مؤسسة الاتحاد الوطني لجمعية الطاقة المستدامة من إمكانية تطبيق شرط التحكيم كونه لم يتم إدراجه مسبقا في العقد، أو بصورة مستقلة عنه ولم يقدم بالتالي ضمن أوراق الدعوى[2].

يتضح مما سبق بأن ما يميز شرط التحكيم، ليس إدراجه في العقد الأصلي فحسب، إنما احتمالية المنازعات التي ينصب عليها اتفاق التحكيم كونها لم تنشأ بعد، كما لا بد وأن يشار إلى

---

(1) المحروقي، شادية، وناجي، أحمد، (2012)، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الرياض مكتبة القانون والاقتصاد، ط1، ص 66.

(2) Conseil d'État 9ème / 10ème ssr 9 mars 2016 n° 384092 ":Par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 1er septembre 2014, 28 novembre 2014 et 6 janvier 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association Vent de Colère ! Fédération nationale, l'association Fédération environnement durable, l'association Contribuables associés, ainsi que Mme M...I...-Q..., MM. F...C..., K...D..., L...J..., A...P..., O...B..., H...G... demandent au Conseil d'Etat:12…………….. , selon les choix opérés par les investisseurs, portant notamment sur l'arbitrage entre recours à l'emprunt et financement sur capitaux propres, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'une erreur manifeste aurait été commise dans l'évaluation de la rémunération normale des capitaux immobilisés dans les installations utilisant l'énergie mécanique du vent ; que les dispositions précitées de l'article L. 314-7 du code de l'énergie n'ont, dès lors, pas été méconnues D E C I D E A Article 1er: Les interventions du Syndicat des énergies renouvelables et de l'association France Energie Eolienne sont admises.
Article 2: La requête présentée par l'association Vent de Colère ! Fédération nationale, l'association Fédération environnement durable, l'association Contribuables associés, Mme M...I...-Q..., MM. F...C..., K...D..., L...J..., A...P..., O...B..., H...G...et E...N...ainsi que les conclusions présentées par le Syndicat des énergies renouvelables tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

هذا الشرط ولو بصورة مستقلة عن العقد الأصلي، لإمكانية الطعن بوجوده فيما بعد أمام الجهات المختصة، حتى يحال النزاع الذي قد يثار للتحكيم.

ثانيا: مشارطة التحكيم

وفقا لما هو مستخلص من عجز المادة (11) كما وردت في قانون التحكيم الأردني، فإن الصورة الثانية للتحكيم، والتي تتخذ شكل المشارطة تتألف من الاتفاق اللاحق على التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه أي دعوى أمام أي جهة قضائية، واختتمت هذه المادة نصها باشتراط تحديد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديدا دقيقا، وإلا عد هذا الاتفاق باطلا.

وفي السياق ذاته أخذ المشرع الفرنسي على نفسه عاتق التفسير والإيضاح لدى تضمينه الشق الثاني من المادة (1442) من قانون الإجراءات المدنية تعريفا لمشارطة التحكيم بأنها: "الاتفاق الذي يحيل بموجبه الأطراف في نزاع ناشئ هذا النزاع للتحكيم".

وبالنظر للنصوص القانونية الواردة أعلاه، يمكن القول بأن مشارطة التحكيم، وعلى النقيض من شرط ترد في اتفاق منفصل عن العقد الأصلي الذي يبرمه أطرافه، كونها تنصب على حالة قانونية لاحقة على قيام النزاع، بعكس شرط التحكيم الذي يرد سابقا على نشوءه.

هذا ما دعى بدوره الفقه للقول بأنه إذا تم الاتفاق على التحكيم وكانت الخصومة قائمة أمام قضاء الدولة، فإن ذلك يعني ترك الخصومة قائمة أمام هذا القضاء، والتنازل عن الأحكام السابقة الصادرة لصالح أحد الخصوم قبل إبرام المشارطة، إلا إذا تحفظ الخصوم في حقهم بالنص في المشارطة على التمسك بما يكون قد صدر لصالحهم من أحكام قضائية قبل إبرام اتفاق التحكيم كما يجب تحديد المسائل المتنازع عليها، والتي يرغب الأطراف في عرضها على المحكمين في صلب مشارطة التحكيم، وتتميز مشارطة التحكيم بأنها تتضمن الكثير من التفصيلات.[1]

كما يمكن أن تبرم مشارطة التحكيم دون أن يسبقها شرط التحكيم، ويجوز كذلك أن تبرم مسبوقة بهذا الشرط، ولا يؤدي إبرامها إلى إلغاء شرط التحكيم الذي أبرم قبلها، إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك.[2]

(1) المواجدة، مراد محمود،(2015)، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، ص 29.
(2) المحروقي، شادية، وناجي، أحمد، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص 67.

وإن مما يميز مشارطة التحكيم وجود نزاع قائم فعلا منبثق عن العقد، وهو بالتالي شرط لصحة الاعتداد بها، وبمفهوم المخالفة للنصوص القانونية سالفة الذكر، فإن إبرام مشارطة التحكيم قبل نشوء النزاع يجعلها باطلة حكماً، كما يترتب البطلان كذلك على المشارطة التي لم يتحدد فيها موضوع النزاع تحديداً دقيقاً.

ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة

يعود الفضل في إبراز هذا الشكل من صور التحكيم للاتفاقيات الدولية، التي أظهرت الممارسات العملية الدولية لمثل هذا النوع من التحكيم، الذي يعرف بالتحكيم بالإحالة أو بالإشارة وما يهمنا في الحديث عن هذا الشكل هو أنه ينطوي بشكل خاص على العقود الدولية التي يتم إبرامها دون إدراج شرط تحكيمي في بنودها، بل بإحالتها إلى وثائق أخرى تلحق بها عالعقود النموذجية، أو إلى قواعد خاصة معدة سلفا، والتي تسري على جميع العقود المبرمة بواسطته.[1]

ويتناول موضوع هذه الدراسة التحكيم في العقود الإدارية الدولية، واللافت للانتباه أن المشرع الفرنسي خصص الباب الثاني من مواد قانون الإجراءات المدنية للتحكيم الدولي، والذي أشار في المادة رقم (1509) إلى إمكانية تحديد اتفاق التحكيم بشكل مباشر، أو بالإحالة إلى نظام تحكيم أو إلى قواعد إجرائية تبين الإجراءات الواجب اتباعها خلال المحاكمة التحكيمية، وعند خلو اتفاق التحكيم من نص على ذلك، تحدد الهيئة التحكيمية الإجراءات عند الاقتضاء، إما مباشرة وإما بالإحالة إلى نظام تحكيم، أو إلى قواعد إجرائية.

إلا أننا لا نجد نظيرا لهذا النص في قانوننا الأردني، الذي اكتفي بما ورد في نص المادة (3) من قانون التحكيم، التي تناولت موضوع سريان هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع، مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو الخاص، وبغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، وحبذا لو أفرد مشرعنا نصا خاصا يتعلق بالتحكيم الدولي أسوة بما فعله المشرع الفرنسي، بالإضافة لما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم، التي أشارت إلى شرط التحكيم بالإحالة لدى اعتبارها في حكم الاتفاق المكتوب الإحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم مشترطة في ختام هذه الفقرة بوجوب وضوح شرط الإحالة كجزء من العقد.

---

(1) ترك، محمد عبد الفتاح، (2006)، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، مصر دار الجامعة الجديدة، ط1، ص 230.

وينسحب أثر الشرط بالإحالة إلى العقد الأصلي بطريق التحكيم، دون أن يستطيع الأطراف التنصل منه، بدعوى استقلال الشرط عن العقد، أو عن الشروط العامة المحال إليها، والمحتوية على شرط التحكيم بالإحالة، إذ أن الإحالة إليها هي التي تجعلنا أمام هذا النوع من اتفاق التحكيم والذي اصطلح على تسميته بشرط التحكيم بالإحالة إلى الشروط العامة، أو العقود النموذجية، أو أي وثيقة أخرى.[1]

ويكثر إدراج هذا الشرط في عقود التجارة الدولية، ففي عقود الأشغال العامة أو عقود المقاولات الدولية، يلجأ المتعاقدين للشروط العامة للفيديك (FIDIC)، إذ تنطوي هذه الشروط فيما تنظمه من أحكام للعلاقات التعاقدية بين رب العمل، والمقاول، والمهندس على شرط التحكيم مضافا إلى ذلك الكثير من العقود النموذجية التي تنظم أحكام البيع، والتأمين، واستخراج ونقل التكنولوجيا والمساعدة الفنية وغيرها من العقود التي يعتمد الأطراف تضمينها شرط التحكيم بالإحالة عند التعاقد.[2]

وفي ختام الحديث عن أشكال اتفاق التحكيم، لا بد من الإشارة إلى أنه، وإن تعددت الزوايا التي ينظر منها لأنواع هذا اتفاق، فإن ما يعنينا في موضوع هذه الدراسة من جهة الإلزامية مثلا هو التحكيم الاختياري لا الإجباري؛ لأنه الأصل في التحكيم، خصوصا في العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي في سبيل إنشاء، أو تنظيم، أو تسيير المرفق العام، لا بل ويزيد على ذلك، نرى بأن طابع الجبر والإلزام يتنافي أساسا مع طبيعة التحكيم، ومن حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع فالأمر سيان بالنسبة لنا، فسواء تولى أطراف العملية التحكيمية اختيار محكميهم وهويتهم وكذلك القواعد والإجراءات والقانون الواجب التطبيق على محل النزاع، أم عهدوا بهذه المهمة لمراكز التحكيم المتخصصة، فإن الإرادة الحرة للأطراف بالنسبة لنا هي محور هذا الاتفاق، بغض النظر عن الهيئة التحكيمية التي ستفصل في موضوع النزاع، كما ولا بد لنا من التنويه بأن النوع الثاني دون الأول هو الأكثر شيوعا في مجال العقود الدولية ذات الطابع الاستثماري.

---

(1) عكاشة، خالد (2014)، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة)، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، ص 216.

(2) مخلوف، أحمد (2005)،اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط2، ص 45.

ومن حيث المكان فإن هذه الدراسة ستقتصر على التحكيم الدولي دون الداخلي، والتي تتجاوز العلاقة بين أطرافه النطاق الإقليمي للدولة، كما تعتمد على السمة الاستثمارية البحتة هادفة من وراء ذلك إلى استغلال عوائد الاستثمار في تطوير وتشغيل المرافق العامة، وتحسين الخدمات المقدمة للجمهور.

الفرع الثالث: ضوابط صحة اعتماد اتفاق التحكيم كوسيلة لفض النزاع

يخضع اتفاق التحكيم أياً كانت صوره للقواعد العامة في نظرية العقود، والتي أجمع غالبية فقهاء القانون على اعتمادها على أركان العقد الثلاثة وهي، الرضى، والمحل، والسبب،[1] وبما أن الأساس في اتفاق التحكيم هو رضى الأطراف، فلا بد من الحديث ابتداءً عن وجوب توافر الأهلية السليمة والإرادة الحرة بينهما، ثم الانتقال لأهم هذه المحددات والتي يترتب عليها بطلان الاتفاق التحكيمي ألا وهي الكتابة، حيث ترقى الشكلية في هذا النظام لمرتبة الركن الرابع في العقد كما تجب الإشارة إلى لزوم تحديد موضوع النزاع بدلالة واضحة لا تعتريها شبهة الإبهام أو الغموض ومؤدى هذا الضابط بشكل أو بآخر، أن يكون محل النزاع مما يجوز الصلح فيه ولا يخالف النظام العام.

أولا: وجوب توافر الإرادة الحرة والأهلية السليمة

يعد الرضى ركناً أساسياً لقيام أي عقد، ويستلزم الرضى غير المعيب صدوره عن إرادتين متطابقتين لا تعتريهما أي عيوب قد تطرأ على هذه الإرادة فتحدث فيها خللاً أو قصوراً، فخلو الإرادة من العيوب هو شرط لصحتها، كما يجب أن يصدر الرضى خالياً مما قد يؤثر عليه فيعيبه مثل الإكراه، أو التغرير، أو الغبن، أو الغلط، وفقاً للقواعد العامة في العقود، وكل ذلك هو شرط لسلامة إرادة أطراف العملية التحكيمية، والتي باختلالها يكون اتفاق التحكيم معرضاً للبطلان، بيد أن الرضى وحده ليس كافياً، بل يجب أن تتجه إرادة الأطراف الحرة والسليمة إلى إحداث الأثر القانوني الذي يرتبه التصرف على عقد التحكيم.[2]

ويمثل نظام التحكيم بناء قانونيا مركبا من ثلاث إرادات؛ الإرادة الأولى: هي إرادة النظام القانوني الوضعي، ويجد أساسه في القوانين الوطنية المنظمة له، والإرادة الثانية: هي إرادة أطراف النزاع، وهم أطراف الاتفاق على التحكيم، والإرادة الثالثة: هي إرادة هيئة التحكيم المخولة

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، (1998)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، ص 74

(2) عبد العال، عكاشة محمد، (1998)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، ص 388.

بفصل النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، كما يرتكز التحكيم على أساسين هما: إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة، وبمفهوم المخالفة إذا لم ينص القانون على جواز التحكيم وإلزامية تنفيذ حكم المحكمين فلا قيمة لهذه الإرادة.[1]

وأسس الفقه وجوب رضى أطراف النزاع على إحالة خلافاتهم للتحكيم في عقد التحكيم، بأن هذا النظام هو استثنائي على الأصل العام، الذي يجعل القضاء سبيلا لتسوية كافة المنازعات، فلا بد بالتالي من اعتماده على الإرادة الحرة كونه (اتفاق) وأساس قيامه هو تلك الإرادة.[2]

وتعد مسألة أن يكون الاتفاق صادراً ممن هو أهلٌ للتصرف في الحق موضوع اتفاق التحكيم بمثابة الشرط الذي يضمن صحته، وهذا ما أكدت عليه أغلب التشريعات الوطنية، مما يعني أن تكون أهلية الأداء كاملة طالما كان الشخص مؤهلاً للقيام بجميع التصرفات القانونية وتكون ناقصة عندما يكون الشخص مؤهلاً للقيام ببعض التصرفات القانونية دون الآخر، كالقاصر المأذون له بالتجارة على وجه قانوني، فلا يجوز له أن يبرم اتفاق تحكيم إلا في حدود تجارته وعلى قدر حاجتها، كما قد تكون الأهلية معدومة بحيث لا يكون للشخص الحق في إبرام أي تصرف قانوني بنفسه، كالسن، والجنون والعته.[3]

لكن هل يمكن الاعتداد برضى الشخص الاعتباري؟! أجاب مشرعنا الأردني في المادة التاسعة من قانون التحكيم على ذلك، بجواز الاتفاق على التحكيم للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، أما المشرع الفرنسي فقد أشار في المادة (1450) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لعدم امكانية ممارسة مهنة المحكم إلا من خلال شخص طبيعي يتمتع بأهلية ممارسة كامل حقوقه، كما تضمن عجز المادة تحديداً لسلطة الشخص المعنوي الذي يعينه أطراف اتفاق التحكيم بتنظيم العملية التحكيمية فقط، أي لا يمكن للشخص المعنوي مباشرة مهام المحكم الاعتيادية وبالنسبة لأطراف التحكيم فلا يوجد تفصيلٌ يمكن القول من خلاله بجواز الاتفاق على التحكيم من قبل الشخص المعنوي كما هو الحال في التشريع الأردني وبغياب النص الصريح يغيب الاجتهاد، فمن الملاحظ أن المشرع الفرنسي أشار وفي أكثر من موضع لعبارة أطراف التحكيم دون أن يوضح أي تفاصيل أخرى، وإننا نقدر بذلك التوجه التشريعي الأردني الأكثر دقة ووضوحا ومرونة من هذه الناحية.

---

(1) الحداد، خالد (2017)، التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) والعقود المرتبطة بها (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، ص 19.
(2) عبد المنعم، خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق ذكره، ص 49.
(3) عبد التواب، أحمد (2009)، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، ط1 ص 408.

ثانيا: الكتابة كشرط أساسي لصحة اتفاق التحكيم

يجد هذا الشرط أساسه القانوني في مختلف التشريعات والقوانين الوطنية التي أخذت بصحة اللجوء للتحكيم، والتي اعتبرت بدورها أن تجاوز هذا الشرط يعرض اتفاق التحكيم للبطلان، ففي قانون التحكيم الأردني نصت الفقرة الأولى من المادة العاشرة منه على وجوب كتابة اتفاق التحكيم وإلا كان باطلا، وبينت هذه الفقرة الطرق القانونية المعتمدة لكتابة هذا الاتفاق، والتي تتمثل إما بمستند يوقعه الطرفان، أو قد يكون بناء على ما قد يتبادلونه من رسائل أو برقيات، أو عن طريق الفاكس أو التلكس وغيرها من الوسائل المكتوبة التي تعد بمثابة سجل للإتفاق، وإن المتمعن في الفقرة الثانية من المادة ذاتها يلاحظ المرونة الكبيرة؛ إذ عده المشرع الأردني بحكم الاتفاق المكتوب، لدى اعتباره الإحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي،أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم من إحدى وسائل إثبات كتابة الاتفاق، ولكن بشرط أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد.

وإن ما يؤكد على حرص المشرع الأردني على هذا الشرط بتضمينه العديد من الوسائل لمباشرته، والتي يندرج تحتها الكثير من التفصيلات الأخرى، إنما هو دليل على طواعية النص القانوني في ملائمة الواقع العملي الجديد، الذي فرض التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت على الساحة الدولية، بحيث أصبح من الممكن إجراء العقود المتضمنة اتفاق التحكيم، من خلال المحررات الإلكترونية الموقعة بين الأطراف، خاصة بعد أن تم تشريع القوانين المنظمة لهذه العملية، ومثالها الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بشأن التوقيع الإلكتروني بقولها: "حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد الاشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البينات، إذا استخدم توقيع إلكتروني يعول عليه بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك، أي اتفاق ذي صلة"[1].

وموقف المشرع الأردني هنا يتفق تماما مع موقف المشرع الفرنسي الذي نص في المادة (1443) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على وجوب كتابة اتفاق التحكيم، تحت طائلة اعتباره باطلا ثم فصل في ذات المادة القانونية الأساليب التي يعتبر بها الاتفاق مكتوبا بقوله (ويمكنه أن ينشأ عن تبادل مستندات خطية أو مستند يحيل إليه العقد الأساسي).

وبالنظر لما سبق يلاحظ بأن توجه كل من المشرع الأردني والفرنسي بشأن هذا الشرط يؤكد على أن كتابة حكم التحكيم شرط لصحة العقد لا لإثباته فقط، لدى ترتيبه البطلان حال تخلفه

1 قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (2001)، نيويورك، منشورات الأمم المتحدة.

في الاتفاق، ليس هذا وحسب بل أن المشرع الفرنسي أشار وفي مواضع كثيرة من قانون الإجراءات الفرنسي إلى عبارة (وكأنه غير مكتوب)؛ أي أن هذه العبارة بحد ذاتها كافية لاعتبار ما تم عطفه عليها هو والعدم سواء.

كما ونصت المادة السابعة من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على وجوب أن يكون (اتفاق التحكيم مكتوبا)، وعلى الرغم من وضوح الموقف التشريعي في هذه المسألة إلا أن جانبا من الفقه فسر النصوص السابقة على أساس أن الكتابة هي مجرد وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم لا ركن لانعقاده، فبالنسبة لديهم من الممكن إثبات عقد التحكيم بالإقرار، أو حلف اليمين في اتفاقات التحكيم الوطنية، والقول بغير ذلك لا يسري إلا في شأن اتفاقات التحكيم الدولية.[1]

ومثال هذه الاتفاقيات ما يخضع لاتفاقية نيويورك لسنة (1958) التي كان ما جاء في الفقرة الثانية من المادة الثانية منها، وبخصوص ما تشمله عبارة (الاتفاق الخطي) بأنها (الفقرة التحكيمية الواردة في أي عقد، أو أي اتفاقية للتحكيم موقع عليها من قبل الفرقاء، أو التي من الممكن استنتاجها من التحارير، أو البرقيات المتبادلة بين الفرقاء).[2]

ونحن نؤيد من يرى بأن علة اشتراط كتابة اتفاق التحكيم تتمثل في الاستيثاق من أن نية طرفي االنزاع قد اتجهت إلى تسويته تحكيميا بصورة موثوقة، بحيث لا يمكن معها لمن صدر حكم التحكيم لغير صالحه التنصل من موافقته عليه تهربا من تنفيذ ذلك الحكم الذي يتصف بالنهائية والإلزام،[3] لذلك فلا بد وأن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، وذلك لجذب انتباه طرفي النزاع إلى خطورة التحكيم كوسيلة لتحويل الاختصاص بنظر موضوع التحكيم من المحكمة النظامية إلى المحكمين، هذا بالإضافة لسهولة الإثبات، ودقة تحديد موضوع وشروط التحكيم.[4]

ثالثا: تحديد موضوع النزاع

يقصد بتحديد موضوع النزاع، تحديد مجموعة الادعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم فبينما يفترض تحديد موضوع النزاع عند الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع في مشارطة التحكيم فلا بد من تحديده قبل قيام النزاع في الشرط التحكيمي، إذا فإن مسألة تحديد موضوع النزاع في

---

(1) الحداد، خالد، التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) والعقود المرتبطة بها (دراسة مقارنة) مرجع سابق ذكره، ص 27.

(2) اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها لسنة (1958)، المنشورة على الصفحة 2195 من عدد الجريدة الرسمية رقم 3585 بتاريخ 1988/11/16.

(3) عبد المنعم، خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق ذكره، ص 48.

(4) الحلو، ماجد راغب،(2000)، العقود الإدارية والتحكيم، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط1 ص 170.

اتفاق التحكيم أمر لا بد منه، مع فارق التوقيت الزمني في إيراده تبعا لاختلاف الصور التي يتخذها هذا الاتفاق، وهو ما يدعو للقول بوجوب تحديد المسائل موضوع النزاع تحديدا واضحا دون إبهام أو غموض.[1]

ويعد هذا تفسيرا لما عناه المشرع الأردني من عبارة "أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديدا دقيقا، وإلا كان الاتفاق باطلا" الواردة في الشق الأخير من المادة العاشرة في قانون التحكيم والتي تناولت شكل مشارطة التحكيم، والتي تقابلها المادة (1445) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، إذ أوجبت أن تحدد مشارطة التحكيم موضوع النزاع، تحت طائلة اعتبارها باطلة، بيد أن عدم عطف المشرع هذا الشرط على الشكل الأول للتحكيم، الذي يتمثل في (شرط التحكيم) لا يعني تجاهل المشرع لهذه النقطة، مما قد يحدث خللا تشريعا في المواد القانونية إنما يعني ذلك أن الفارق بين شكلي التحكيم هي من توجب تحديد موضوع النزاع في المشارطة دون الشرط التحكيمي، وعلة ذلك تكمن في العنصر الزمني لنشوء النزاع، إذ لا يعقل وبحكم المنطق والواقع القانوني، ترك الأمور مشرعة حال اختيار اللجوء للتحكيم بعد نشوء النزاع ومؤدى ذلك التحايل على القضاء بعد أن تكون قد وصلت الأمور تحت حكمه وسيطرته، وهذا التصور التشريعي سليم باعتقادنا، لأن فيه من الموازنة بين السلطة القضائية وإرادة الأطراف ما يكفي، لاحترام ومراعاة كليهما.

ويترتب على هذا الضابط محدد قانوني بالغ الأهمية يتمثل في وجوب أن يكون محل النزاع مما يجيزه الصلح ولا يخالف النظام العام، كون الأصل هو إيعاز الاختصاص بكافة المنازعات للقضاء الرسمي، وأن وجود وسيلة اتفاقية أخرى لفض النزاع تعرف بالتحكيم، هي استثناء على هذا الأصل ولا بد أن تكون لها محدداتها التي تحفظ هيبة القضاء، ولا تتجاوز من خلالها النظام العام بالإضافة لجواز إجراء الصلح في النزاع المحال لهذا النظام.

ومن هنا فقد جاءت المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني موضحة هذا الحظر بقولها ((ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح))، كما أوضحت المادة (163) من القانون المدني الأردني المسائل التي لا يجوز فيها الصلح مصنفة إياها تحت مفهوم النظام العام وكان ما جاء بها الآتي: ((يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالأهلية والميراث، والأحكام المتعلقة بالانتقال، والإجراءات اللازمة للتصرف

---

(1) خليل، أحمد،(2003)، قواعد التحكيم (دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي)، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، ص 36.

بالوقف، وفي العقار والتصرف في مال المحجور عليه، ومال الوقف، ومال الدولة، وقوانين التسعير الجبري، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)).[1]

وعليه؛ عدت المادة (49) من قانون التحكيم الأردني كل اتفاق تحكيم ينطوي على مخالفة للنظام العام، أو ذلك الذي لا يجوز التحكيم فيه باطلا كونه من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة بأنه:((تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة، أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز الصلح فيها)).

وتأسيساً على ما سبق استخلصت الباحثة الصفة المشروعة التي أحال من خلالها العقد المبرم بين الحكومة الأردنية وائتلاف مجموعات شركات استثمارية تعود نسبة كبيرة من حصصها لمستثمرين فرنسيين في العقد المنصب محله على مطار الملكة علياء الدولي[2]، لقانون التحكيم الأردني، مما يعني قابلية هذا العقد للتحكيم وعدم مخالفته النظام العام، أو المساس بحقوق الدولة ويظهر ذلك جليا بالنظر لنص المادة (86) من هذا العقد الذي يخدم مرفقا عاما ويتسم بالطابع الاستثماري الدولي، التي أحالت بدورها النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين أطراف العقد للتحكيم الوطني، أي للقانون الأردني [3].

وبالاستناد للقرار التفسيري رقم (8) لسنة (2013)، الصادرعن المحكمة الدستورية بتاريخ (2013/12/29)، حول فيما إذا كانت اتفاقية المطار المبرمة بين الحكومة ومجموعة المطار الدولي عام 2007 تقع ضمن نص المادة (117) من الدستور الأردني، والذي جاء من ضمن ما جاء فيه اقتباساً من القرار التفسيري للمجلس العالي لتفسير الدستور رقم (1) لسنة (2012) تاريخ 2012/3/7: "وإن ما ورد في المادة 66/أ من قانون الطيران المدني هو تطبيق لما فرضه

---

(1) القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976).

(2) أوضحت محكمة التمييز الموقرة هذا النص مؤكدة على الضابط المتصل بحظر الاتفاق على التحكيم بما يخالف النظام العام، و/أو يتجاوز المسائل التي تقبل الصلح أساسا، حيث صرحت عن ذلك بقولها: "من المبادئ المقررة أنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، والهدف من ذلك، هو أن تخضع هذه المسائل لرقابة وإشراف السلطة العامة التي يعنيها ويهمها أن تسري عليها قواعد عامة موحدة، ولما كان النظام العام قوامه فكرة المصلحة العامة فإنه لا يجوز التحكيم في إي نزاع يعود حق الفصل فيه إلى جهة معينة تحكمها قوانين خاصة، تمييز حقوق رقم (84/158) مركز عدالة للمعلومات القانونية.

(3) Rehabilitation, Expansion and Operation Agreement -Relating to- Queen Alia International Airport –Between- The Hashemite Kingdom of Jordan, Acting by and through its Executive Privatization Commission –and- (investor), Third Draft: 25/2/2007, PP 86
20. GOVERNING LAW The rights and obligations of the Parties under or pursuant to this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Kingdom, without regard to any conflict of law principles or provisions thereof.

الدستور في المادة (117) منه والذي يتضمن وجوب تصديق الامتياز الذي يمنح لاستثمار المرافق العامة بقانون"، بمعنى أن المجلس العالي أجاز أن يكون التصديق على اتفاقية منح الامتياز من ضمن نصوص بنود قانون آخر دون حاجة إلى استصدار قانون خاص من مجلس الأمة لهذه الغاية بالموافقة على الاتفاقية، وخلافاً لما توصلت إليه المحكمة الدستورية في قرارها رقم (1) لسنة 2013 تاريخ 2013/1/14،وقد أكد ذلك قرار تفسير المجلس العالي في فقرة أخرى فأورد مختتماً تفسيره للنتيجة التي توصل إليها بالقول التالي متضمناً رأيه القاطع في هذه المسألة، مستنداً إلى القاعدة القانونية "المطلق يجري على إطلاقه إلا إذا قيد"، ودون تفصيل أو تفسير لكيفية تطبيق هذه القاعدة على المسألة المبحوث عنها ومؤيدات ذلك، أورد القرار خلاصة النتيجة التي توصل إليها حيث ورد في الفقرة المشار إليها ما يلي:

ونود أن ننوه بهذا الصدد بأنه لا ضرورة لإصدار قانون خاص لتصديق الامتياز المذكور لأن نص المادة (117) من الدستور لا يفرض ذلك، ولأن القاعدة القانونية تنص على أن المطلق يجري على إطلاقه إلا إذا قيد ويكون نص المادة (66/أ) من قانون الطيران المدني رقم (41) لسنة 2007 تنفيذاً لما تطلبه المادة (117) من الدستور[1].

وفي فرنسا، حظرت المادة (1488) من قانون الإجراءات المدنية منح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الذي "يخالف بشكل واضح النظام العام". كما جاء في المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالإدارات أو المؤسسات العامة، وبوجه عام جميع المنازعات المتعلقة بالنظام العام"[2]، وفي تقرير صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية الغاز الفرنسي بتاريخ (2016/11/8) بخصوص العلاقة بين المحاكم الإدارية والتحكيم الدولي أوضح من خلاله بأن مجلس الدولة يبسط رقابته على الأحكام في مجال التحكيم الدولي بشكل محدود إذ يغطي عناصر معينة فقط، وبهذا فإنه يتحقق فقط من أن الحكم لا ينتهك قاعدة من قواعد النظام العام، أو أمور تتعلق بالالتزام بالإجراءات القانونية الواجبة، وقواعد الاختصاص، والتكوين الصحيح لمحكمة التحكيم، بالإضافة إلى احترام مبدأ الخصومة، ووجوب

---

(1) أنظر القرار التفسيري رقم (8) لسنة (2013)، الصادرعن المحكمة الدستورية بتاريخ (2013/12/29) من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

(2) Code civil. Version (2017). Titre préliminaire: De la publication, des effets et de l'application des lois en général. Article (2020) " On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce.et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

تعليل الأحكام تعليلاً وافياً، وأضاف أيضاً وجوب أن لا يتعارض الحكم مع النظام العام للاتحاد الأوروبي[1].

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية حول إمكانية التحكيم في فض منازعات العقود الإدارية الدولية

على الرغم من أهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات القانونية بصورة عامه، فإن الفقه لم يجمع على رأي واحد حول مسألة إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية بشكل عام، وانقسم إلى فريق مؤيد، وآخر معارض، ولكل ما يبرر وجهة نظره، وسنتناول في هذا المطلب موقف الفقه المؤيد للتحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية (الفرع الأول)، وموقف الفقه المعارض (الفرع الثاني)، ثم نتحدث في خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية(الفرع الثالث).

الفرع الأول: الفقه المؤيد للتحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية

اختلف الفقه ما بين مؤيد ومعارض بجواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، كما وقسم التحكيم بدوره إلى نوعين تم استخلاصهما من التسمية الفرنسية الأم لهما، فبينما عرف الأول بالتحكيم الاختياري (l'arbitrage volontaire)، عُرف الثاني بـ (l'arbitrage force) أي التحكيم الإجباري، إلا أن الباحثة ستتناول النوع الأول دون الثاني لأنه الأصل في التحكيم، وبه تكون إرادة الأطراف حرة في اختيار اللجوء إليه من عدمه دون جبر أو إلزام.

---

(1) LE CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE. 8 novembre 2016 Juridictions administratives et arbitrage international. la possibilité de soumettre le litige à l'arbitrage ;

- certains éléments relatifs à la régularité de la procédure, à savoir le respect par le tribunal de sa compétence et de sa mission, sa correcte composition, le respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juges, ainsi que le respect du caractère contradictoire de la procédure et de la motivation de la sentence ;

- s'agissant du contrôle sur la façon dont les arbitres ont réglé le litige, le Conseil d'État ne rejuge pas le litige, comme le ferait une cour d'appel ; il s'assure simplement que la sentence rendue n'est pas contraire à l'ordre public, c'est-à-dire que le contrat n'était pas dès le départ entaché d'un vice d'une particulière gravité, notamment d'un vice de consentement, ou n'est pas contraire à une règle à laquelle les personnes publiques ne peuvent déroger. Ces règles sont, notamment, l'interdiction des libéralités, l'interdiction d'aliéner le domaine public, l'interdiction de renoncer à certaines prérogatives publiques ou les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne.

ويستند المؤيدون للتحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية إلى مجموعة من المبررات والحجج تتلخص بما يلي:

أولاً: عدم وجود تنافر بين التحكيم والقانون العام

ذهب جانب من الفقه الفرنسي يمثله الأستاذ (Charles) شارل إلى أنه لا يوجد تعارض أو عدم توافق منطقي بين التحكيم والقانون العام، وختم هذا الرأي قوله وبحسب تعبيره إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن التحكيم والقانون العام يشكلان وبحسب العادة توافقا سيئاً.[1]

وفي ندوة قدمها نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي والجهات القضائية الإدارية (Jean-marc sauvé) (جان سوفيه) عقدت عام (2009)، والتي تم تنظيمها من خلال الغرفة الدولية للتحكيم الخاص والعام، أشار في مطلعها لحقيقة فعالية هذه الوسيلة، وقدمها على الصعيدين العام والخاص، وأعقب حديثه وتحت عنوان ضرورة تطبيق التحكيم لحاجة الأشخاص العامة، وبحد وجهة نظر الأستاذ (جان) فإنه يؤكد على الدور المتجذر للتحكيم في الأشخاص العامة وفي تطوير المجتمع إلى جانب العمل من خلال السلطة العامة، وهي قد وضعت الأنشطة التي تؤثر على العمل بالمعنى الواسع، والتي تؤدي إلى الكثير من أوجه التعاون، متعددة الأوجه، وتعميق متزايد بين القطاع العام والقطاع الخاص والذي يكون العقد هو أحد الأدوات الرئيسية لها[2].

وفي الأردن وعلى الصعيد التشريعي، نجد أن قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص[3] قد أخذ بوجهة النظر هذه، وأجاز التحكيم في عقود الشراكة، وهي كما سنرى لاحقاً عقود إدارية

فبينما تناولت المادة الثانية من القانون تعريف الجهة الحكومية المتعاقدة، بأنها: " أي وزارة أو دائرة أو مؤسسة رسمية عامة، أو أي مؤسسة عامة، أو هيئة، أو مجلس، أو سلطة، أو بلدية أو شركة مملوكة بالكامل للحكومة، أو التي تساهم فيها بنسبة لا تقل عن (50%)"، وبأن هدف

---

(1)Qu'il n'y a pas d'incompatibilité rationnelle entre arbitrage et droit public)
ساري، جورجي، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص163.

(2) Jean–Marc Sauvé, vice- président du conseil d'Etat (2009), L'arbitrage et les personnes morales de droit public. Colloque .L'extension de l'arbitrage résulte d'un besoin des personnes publiques.La vie des personnes publiques est ancrée dans l'évolution de notre société. A côté de la mise en œuvre unilatérale de prérogatives de puissance publique، ces personnes ont développé des activités qui touchent aux « affaires » au sens large du terme، et qui entraînent des coopérations nombreuses، multiformes et de plus en plus approfondies entre le secteur public et le secteur privé، dont le contrat est l'un des instruments principaux.

(3)قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم(31) لسنة (2014)، المنشور على الصفحة(6358)، من عدد الجريدة الرسمية رقم (5310) بتاريخ (2014/11/2).

مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص كما وردت في المادة الثالثة هو إنشاء البنية التحتية العامة وإعادة تأهيلها وتشغيلها وصيانتها، وإيجاد التمويل اللازم لدعم مشاريع الجهة الحكومية ذات الجدوى أجازت المادة (16) من القانون اللجوء للوسائل البديلة لتسوية النزاعات وفقاً لاتفاق الطرفين في عقد الشراكة"[1]، ويلاحظ من النص أن المشرع الأردني لم يتناول اللجوء إلى التحكيم في هذه المادة واكتفى بعبارة (الوسائل البديلة)، وترى الباحثة في هذا الصدد ضرورة تعديل النص القانوني ليصبح أكثر رصانة ووضوحاً.

وإذا ما نظرنا للنصوص السابقة وأضفنا إليها ما ورد في المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني - وبدلالة نص المادة الثالثة من ذات القانون - التي أباحت بدورها اللجوء للتحكيم للشخص الطبيعي، أو الاعتباري وعلى حد سواء، وحظرت اعتماده كوسيلة لفض المنازعات في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح من جهة أخرى نرى بأنه وفي ظل هذا الحسم التشريعي الذي لا يمنع اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية بصورتيه؛ الشرط والمشارطة ومع الإشارة الصريحة لإمكانية فض النزاع من خلاله في العقود ذات الطابع الإداري الاستثماري بين القطاعين العام والخاص في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإنه ليس هناك ما يمنع من التصريح بإباحة مشرعنا للتحكيم في العقود الإدارية بما يمكن القول معه أنه ليس هناك أي تنافر بين التحكيم والقانون العام.

وعن المشرع الفرنسي وعلى صعيد التحكيم الداخلي في العقود الإدارية، فلم يتضمن تقنين العدالة الإدارية الفرنسي أي إشارة تتعلق لا من قريب ولا من بعيد، بالنظام القانوني للتحكيم في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية، واقتصر مسلك المشرع الفرنسي على تضمين المادة (128) من تقنين الأشغال العامة، ما يفيد وجوب الرجوع في هذا الخصوص لنصوص الباب السادس من تقنين الإجراءات المدنية، وهو ذات المسلك الذي تضمنه التقرير الذي أعد بمعرفة مجلس الدولة الفرنسي والذي أشار فيه بضرورة نقل القواعد الخاصة بالتحكيم، التي ورد النص عليها في تقنين الإجراءات المدنية، وتطبيقها عند الضرورة، بطريقة تجعلها تتلائم مع طبيعة المنازعات الإدارية.[2]

---

(1) أنظر كل من المواد(11، و16) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني.

(2) Le rapport du Conseil d'état français (pour l'arbitrage portant sur litiges d'ordre administratif il y a lieu de transposer les disposition du nouveau code de procédure civile pour les adapter en tant que de besoin aux problème spécifique de l'arbitrage administratif شعيب،مجدي،(2015)، إنشاء هيئة التحكيم الإداري بين إرادة الأطراف ومعاونة القضاء، دراسة تحليلية للمشاكل العملية المتعلقة بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري في فرنسا ومصر، بحث منشور في مجلة الحقوق الشارقة، العدد 4، ص 341.

وفي حكم حديث لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ (2016/2/15)، رفض الاعتراض المقدم من مجموعة الأراضي الزراعية (Groupement foncier agricole (GFA، أراضي الغابات الحمراء، والذي طالبت فيه بإلغاء القرار الصادر من وزير الزراعة والأغذية والغابات الصادر بتاريخ (2015/6/6)، وإلغاء القرار الوزاري الذي يعترف به بتاريخ (2007/12/13)، وبأن تتحمل الدولة مبلغ (2000) يورو بموجب المادة (L.761-1) من قانون القضاء الإداري، التي تلزم المحكوم عليه في جميع الأحوال بدفع المصاريف والتكاليف التي يتكبدها الطرف الآخر مضافا إليها التكاليف الإضافية[1]، وبأن يحال النزاع للتحكيم؛ لأن النظام الداخلي لمنظمة (interloir) - الطرف الثاني في الدعوى - يسمح باللجوء للتوفيق والتحكيم، وبالتالي فإن الحجة بأن هذه القوانين تتعارض مع ما ورد في المادة (632-1-3) من قوانين الصيد في المناطق الريفية والبحرية، وعدم السماح بإجراء التحكيم هو أمر مخالف للواقع[2].

وفي القرار النهائي، رفض مجلس الدولة الفرنسي الاعتراض المقدم من قبل مجموعة الأراضي الزراعية، أراضي الغابات الحمراء، بمجمله وبالتالي رفض اللجوء للتحكيم[3].

ثانياً: حرية الدولة وأجهزتها في حل نزاعاتها بكافة الطرق القانونية

يعد التحكيم أحد طرق حل الخلافات تلك، طالما يمكن للدولة أن تحقق من خلالها المصالح العامة لأفرادها، مراعية في ذلك الغايات المشروعة لتحقيق أهدافها، كما أن لجوء الدولة لهذا التصرف القانوني بات معروفاً في معظم دول العالم بصفاته، وخصائصه، وإجراءاته، وآثاره

---

(1) CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE Version consolidée au 4 juillet 2017. ARTICLE (L.761-1) " Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation".

(2) Conseil d'État 3ème / 8ème ssr15 février 2016 n° 389313."Vu la procédure suivante Par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 9 avril et 23 octobre 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le Groupement foncier agricole (GFA) des Rouges Terres de la Forêt demande au Conseil d'Etat 1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite de rejet née du silence gardé par le ministre de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt sur sa demande en date du 6 janvier 2015 tendant à l'abrogation de l'arrêté interministériel du 13 décembre 2007 relatif à la reconnaissance, en qualité d'interprofession, de l'interprofession des vins de Loire nommée InterLoire2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

(3) Conseil d'État 3ème / 8ème ssr15 février 2016 n° 389313. Article 2: La requête du GFA des Rouges Terres de la Forêt est rejetée."

الخاصة المختلفة عن باقي التصرفات الأخرى، مثل: التسهيل، والخبرة، والوساطة، ذلك ما حدا ببعض الفقه لتسميته (بالقضاء المساعد) لأن لجوء الأطراف الرسمية العامة في الدولة للتحكيم سيدفعها إلى اختيار محكمين على مستوى عال من التخصص والخبرة والكفاءة[1]، مما يجعل من التحكيم الطريق الأمثل والأسرع والأكفأ لفض النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية وفقاً لما تقتضيه طبيعة هذه العقود من سرعة ومرونة، مراعيا بذلك المصلحة العامة وحسن تسييرها بانتظام واطراد.

ثالثاً: الحفاظ على خصوصية موضوع النزاع وحصره بين أطرافه

تتضح هذه الميزة في اتفاق التحكيم حتى قبل أن يثور النزاع أساساً، وبذلك فهو يمثل الجانب الوقائي، لا العلاجي برضى وتوافق أطرافه للجوء إليه أساساً، وعليه يحافظ التحكيم على خفايا وأسرار الشخصية القانونية والواقعية لأطراف النزاع، مما يتضح معه – وفقاً لما تراه الباحثة - زيادة في التخصيص للموضوع محل النزاع القائم، على عكس القضاء المقيد بعلنية جلساته، إلا بما استثني من ذلك، وبالنتيجة وطالما أن اتفاق التحكيم سواء أكان شرطاً في العقد واتصل بأي نزاع قد يثور مستقبلاً بمفهومه الواسع، أم كان مشارطة بتحديد نوع النزاع القابل للنظر حال نشوبه، فإنه يشكل حاجزا قانونيا وقائيا يتصدى لكل نزاع قد ينشأ مستقبلاً محدداً الخطوط العريضة و/أو التفاصيل الدقيقة التي ستحكمه فور نشوبه، وهو بذلك يوفر الجهد والمال والوقت بعيدا عن رسوم الدعاوى وإجراءاتها المعقدة، ويحقق أهم المبادئ الثابتة في القانون الإداري، من مرونة وسرعة ودقة، وبأسلوب رضائي، طالما أن اللجوء للتحكيم يتم ويتحقق برضى هذه الأطراف، ورغبتها وحريتها الكاملة.

وهذا ما يجعل من التحكيم حلا اتفاقيا وديا، ومتوافقا مع رغبات الأطراف، مما يؤدي إلى القبول السابق، والرضى اللاحق عن القرار التحكيمي بعيدا عن المحاكم والتي عادة ما تستخدم أسلوب القسر والإجبار، كما يترتب على اتفاق التحكيم، أثرا إيجابيا يتمثل في التزام أطراف التحكيم بإنشاء المحكمة التي تتولى مهمة الفصل في النزاع، المتفق على وضع نهاية له عن طريق التحكيم، وهي تشكل بالآلية المتفق عليها فيه[2].

---

(1) عبد الهادي، بشار، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص 47.

(2) شعيب، مجدي، إنشاء هيئة التحكيم الإداري بين إرادة الأطراف ومعاونة القضاء، مرجع سابق ذكره ص 304.

الفرع الثاني: الفقه المعارض للتحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية

عارض جانب من الفقه فكرة اللجوء إلى التحكيم في أي نزاع كائناً ما كان، وبرر هذا الجانب رفضه وفقا لمجموعة من الحجج، نستعرض فيما يلي أهمها ونبدي رأينا فيها.

أولا: التحكيم يخرق الضمانات التي توفرها الجهات القضائية الرسمية

استند أصحاب هذه الحجة في ذلك إلى أنه غالبا ما يكون المحكمون من رجال الأعمال والمتخصصين في موضوعات معينة، وخبرتهم أو ثقافتهم القانونية تكون ضحلة في غالب الأحيان، مما لا يساعدهم على تحقيق العدالة المطلوبة[1].

ويمكن الرد على ذلك بأن المحكمين ما هم إلا صفوة الصفوة في المجتمع القانوني، ويمثلون الشريحة الأكفأ والأمثل والأقدر، وإن الناظر في القرارات التحكيمية على الصعيد الدولي والمحلي سيجد بأن من تولوها كانوا من أساتذة القانون، وكبار رجال القضاء مستعينين بالخبراء والمتخصصين والمستشارين في جميع المجالات الفنية أو القانونية وعلى حد سواء، ويترتب على ذلك، أن هؤلاء المحكمين قد يعملون القواعد القانونية المناسبة، ويسيرون على هدي الأعراف الإدارية الثابتة والملزمة، ويستفيدون معا من أي أحكام وسوابق قضائية، تتعلق بموضوع التحكيم هذا بالإضافة لتخصصهم الدقيق في مجال المنازعات الإدارية، ذلك الأمر الذي قد لا تتمتع به هيئات التقاضي في المحاكم العادية للمحاكم العادية، وفي ظل إخراج مشرّعنا الأردني إياها من اختصاصات المحاكم الإدارية وإناطتها مع باقي العقود المدنية، فإننا نرى بأن أشخاص حل النزاع (المحكمين) تحديدا في ما قد يثور بصدد الحديث عن العقود الإدارية هم الأكفأ فعلاً للنظر في موضوع النزاع، طالما تم انتقائهم على نحو من الدقة والخبرة والتخصص الدقيق.

وعلى الرغم من أن بعض الاتفاقيات تنص على اللجوء الإجباري للمحاكم الوطنية، إلا أن المستثمر غالباً من يختار ما بين اللجوء إلى القضاء الوطني، أو التحكيم الدولي، أو أي وسيلة أخرى من وسائل فض المنازاعات، ويعتبر هذا الاختيار المتاح للمستثمر ضمانة أساسية له تنص عليها العديد من الاتفاقيات الثنائية للاستثمار[2].

وعزز الرافضون حجتهم بعدم إمكانية رفع دعوى جديدة أمام القضاء لمن صدر قرار التحكيم في غير صالحه، مما يحرمه من أهم ضماناته المصونة قضائيا، والمتمثلة بحقه في الطعن

(1) ساري جورجي، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص 14.

(2) دليل الاسكوا للاتفاقيات الثنائة للاستثمار، الجزء العاشر، ص139، من منشورات الاسكوا، تم استرجاعه بتاريخ 2017/8/23 من الموقع الإلكتروني الرسمي للاسكوا: https://www.unescwa.org/ar/sub-site/94464/resources.

بالأحكام ذلك لما يتمتع به حكم التحكيم من قوة إلزامية بين أطرافه، وعلى ذلك فلا يجوز لأحد الخصوم أن ينازع في الحكم مرة أخرى أمام القضاء، أو أمام المحكمين أنفسهم؛ لأن الحكم الصادر من المحكمين يحوز على حجية الأمر المقضي به[1].

وترى الباحثة بأن عدم اللجوء للقضاء ابتداء أو عدم إمكانية الطعن في الحكم التحكيمي انتهاءً هو ليس إلا إقراراً لمبدأ الرضائية في هذا الاتفاق، وتأصيلا لإرادة أطراف النزاع الحرة في اللجوء إليه على عكس القضاء العادي، فإن تحرر هذا الاتفاق من القيود القضائية الثابتة في الدعاوى العادية ما هو إلا تأكيد على خصوصيته وأهميته المنفردة، واستقلالية المستمدة من طبيعته القانونية أساسا والتي تقتضي السرعة والمرونة في حل النزاع القائم بينهم بصورة ودية ووقائية، كما أن إعطاء الحكم التحكيمي حجية الأمر المقضي به، ليست إلا برهاناً على عدم ترك الباب مشرعاً أمام الأطراف حال اختيارهم وسيلة اتفاقية بديلة لفض نزاعاتهم، للتنصل منها واللجوء للقضاء مرة أخرى مما تضيع معه الحكمة من اللجوء للتحكيم، وتنتزع عنه صفة الإلزامية المفترضة به كنوع من أنواع (القضاء المساعد)، وبالتالي زيادة في تعقيد إجراءات سير العدالة التي صانتها شتى الدساتير.

وبهذا تتفق الباحثة مع الاتجاه الذي يرى بأن قبول الأطراف باعتبار قرار التحكيم قراراً نهائيا وقابلا للتنفيذ الفوري بعد صدوره دون إمكانية الطعن فيه، حتى لا تستخدم طرق الطعن القضائية العادية كوسيلة لتعطيل تنفيذ القرار الصادر في التحكيم بإتباع الإجراءات القضائية، تلك التي نعتها ذلك الجانب بالعقيمة والمعقدة[2].

ثانيا: النفقات الباهظة

فهنالك من يرى بأن اللجوء إلى التحكيم يكبد الأطراف نفقات باهظة مقارنة مع القضاء بالمقابل المالي الذي يحصل عليه المحكمون، مضافا إليه أتعاب المحامين والمستشارين والخبراء القانونين..... إلخ، ونحن نعتقد بأنه وإن صدق هذا القول على النزاعات في العقود الإدارية الدولية فإن حدته تكاد تتقلص ولا تتكافأ أصلا مع النتيجة المتواخاة لحل النزاع وحسمه بسرعة ومرونة؛ مما يجعله وبالمقارنة مع القضاء أوفر نسبياً إذا ما أخذنا بعين الاعتبار نتائجه السريعة والمرضية غالباً لأطراف النزاع، وحتى في العقود الإدارية الدولية فإن عوائد ما يمكن أن تجنيه الدولة من إنشاء وتشغيل، وتسيير المرفق العام يجعل من هذه الحجة تتهاوى لمرتبة العدم، إذا ما قارنا قيمة هذه العقود وما توفره على خزينة الدولى بالمصاريف التي يتقاضاها المحكمون.

---

(1) عبد النعيم، أحمد، مرجع سابق ذكره، ص 257.
(2) سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، (2006)، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط3، ص 20.

ثالثا: عدم قدرة التحكيم على حسم النزاع وتعديه على سلطة القضاء

ارتكزت هذه الحجة بدورها على قصور هذه الطريقة في حسم النزاع، فما هي إلا زيادة في المماطلة وهدر الوقت - وفقا لما يراه المدافعون عنها - وكأنها تسير في حلقة مفرغة، وتعود إلى ذات المرجع المختص المتمثل بالجهات القضائية، مما يزيد من العبء الملقى على كاهل القضاء، ويضيف كما جديداً من المنازعات بالإضافة لذلك الموجود أصلا مما يستنزف المزيد من الوقت والجهد[1].

وحتى ولو سلمنا بصحة هذا القول فالسؤال الذي يثور هنا، ما هي نسبة الحالات التي لم يصل فيها التحكيم لحسم النزاع؟ كما أن التحكيم في منازعات العقود الإدارية لا ينتزع اختصاصات وسلطات القضاء الرسمي في الدولة، وفي كل الأحوال يظل القضاء هو السيد الأعلى لحل المنازعات والتحكيم ليس إلا وسيلة تساعده، وتحقق أهدافه، وتخفف العبء عنه، حيث لا يتم اللجوء إليه أصلا إلا بناء على نص تشريعي صريح، أو بالاستناد لإرادة الأطراف الحرة، مما يعني وكنتيجة حتمية، أن هذا الاتفاق ((التحكيم))، لا يمس بمبدأ الفصل بين السلطات أساسا وبالتالي فهو لا يمثل قضاء خاصا له طبيعته المنفردة، ومن جانب آخر فإن اللجوء إلى التحكيم يعتمد على إرادة الخصوم فالتحكيم لا يقوم بالأصل إلا استنادا لرضى صحيح من أطراف العقد.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الصلة تظل قائمة بين التحكيم والقضاء الوطني حيث يملك المشرّع بموجب نصوص تشريعية، سلطة التدخل في أعمال المحكمين سواء بالمساعدة، أو الرقابة، أو الإشراف، وهي أمور يختلف مداها من نظام لآخر[2].

كما يجوز الدفع ببطلان حكم التحكيم، إذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على النحو الذي يؤثر في مضمونه، أو لاستناد الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثرت فيه كما للمحكمة المختصة وهي محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم أن تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها، إذا ما تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في المملكة، أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها[3].

(1) ساري جورجي، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص 85.
(2) عبد العزيز، خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق ذكره، ص 86.
(3) أنظر كل من المواد (2، 49) من قانون التحكيم الأردني.

الفرع الثالث: خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية

بعد استعراض كل من الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة لإمكانية الأخذ باتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية من عدمه، والتي تزيد خطورتها أمام تلك العابرة لحدود الدولة أو قانونها الوطني، نظرا لحساسية مثل هذه العقود وانعكاساتها الخطيرة على أمن وسيادة الدولة من جانب، وعلى محل العقد المتنازع عليه من جانب آخر، كان لا بد لنا من الانتقال مباشرة لإمكانية تطبيق مثل هذا الاتفاق على المنازعات الإدارية الدولية.

وصف الفقه الفرنسي التحكيم في العقود الدولية بأنه: "الموضوع الأكثر تميزاً في المصادر الدولية"، معقباً بأنه "وفي حقيقة الأمر هو النموذج الأكثر استخداماً في العلاقات والقضايا الدولية"[1]، كما أكد جانب من الفقه الأردني على أن "كلمة التحكيم في معظم صوره وأشكاله يغطي المجالات المتعددة لتطبيقه سواء كان موضوع النزاع مدنياً، أو تجارياً، أو إدارياً أو غير ذلك؛ لأن مضمونه وأهدافه وآثاره تكاد تحقق نفس النتائج والغايات القانونية المرجوة منه".[2]

ويعرف الفقه العقد الإداري الدولي بأنه: "عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى، وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقدا بهذا الصدد لعدم امتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك".[3]

أما التحكيم الدولي فيعرفه الفقه على أنه: "ذلك التحكيم الذي يجري مكانيا داخل دولة معينة أو عدة دول أخرى يتم الاتفاق على تحديدها تجاه أمور، أو منازعات مختلفة غير داخلية أي لا تخص دولة بعينها، وتتعلق بمجتمعها وهيئاتها الرسمية، وغير الرسمية، ومواطنيها، وشؤونها الخاصة بها وحدها فقط، بل تتعلق بأمور ومنازعات تثور في الأغلب بين أطراف متعددة الجنسيات، ويكون محل هذه الأمور والمنازعات قضايا تتعدى في طبيعتها، وأهدافها، وآثارها حدود دولة واحدة، أو مصالح داخلية منحصرة فيها، وتطبق في مجال حلها الإجراءات

(1)Jean-Baptiste Racine -2016- Droit d'arbitrage- France-par la nouvelle Imprimerie-page(56).l'arbitrage est un objet privilégié des sources internationales En effet cette forme de justice est très utilisée dans le domaine des relations d'affaires internationales، il est donc logique qu' elle soit appréhendée par des sources elles-mêmes internationales.

(2) عبدالهادي، بشار، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص12.

(3)الحداد، حفيظة، (2003)، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، ص 35.

والتشريعات التي تتفق عليها الأطراف المعنية بالإضافة إلى المعطيات التحكيمية الأخرى، والتي يسترشد بها المحكمون المختارون –أيا كانت جنسياتهم- وهم يقومون بعملهم".[1]

وقد انعكس التطور الهائل في الجوانب الاقتصادية والحضارية للدول على مفاهيم القانون العام التقليدية خاصة فيما يتعلق بالعقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية، وهو ما أدى لظهور ما يعرف بالقانون العام الاقتصادي، كأحد فروع القانون العام الذي يختص بالعقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة (المستثمرين)، مما دعا لإيجاد وسيلة فعالة وموائمة لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود تعرف ب (التحكيم الدولي).[2]

وفي فرنسا عالج المشرع هناك موضوع التحكيم الدولي بشئ من التفصيل في الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، حيث اعتبر في المادة (1504) التحكيم الذي يتعلق في التجارة الدولية دوليا، وأضاف في المادة التي تلتها تفاصيل الاختصاص المكاني في التحكيم الدولي بقوله: "في التحكيم الدولي وما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يكون رئيس المحكمة الابتدائية في باريس هو هو القاضي المؤازر للإجراءات التحكيمية عندما:".

1- يجري التحكيم في فرنسا، أو.

2- يتفق الأطراف على إخضاع التحكيم لقانون الإجراءات الفرنسي، أو.

3- يمنح الأطراف صراحة للمحاكم النظامية الفرنسية الاختصاص للنظر بالمنازعات المتعلقة بالإجراءات التحكيمية، أو.

4- يكون أحد الأطراف معرض لخطر الاستنكاف عن إحقاق الحق".

أما المشرع الأردني، فلم يفرد نصوصاً خاصة بالتحكيم الدولي في قانون التحكيم الأردني غير أنه أشار في تشريعات أخرى إلى إمكانية اللجوء للتحكيم في العلاقات التي تربط المستثمر بالدولة عن طريق مشاريع يقع محلها على المرفق العام، وتهدف لتحقيق المصلحة العامة، وإن التوسع بمفهوم الاستثمار مؤداه الاعتراف بالصفة الدولية التي باتت تغلب على مثل هذا النوع من العقود، ففي قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص أوضحت المادة السادسة عشر بأنه يجوز الاتفاق على تسوية المشاريع المتعلقة بعقود مشاريع الشراكة بالوسائل البديلة لتسوية النزاع وفقا لاتفاق الطرفين في عقد الشراكة.

(1) عبد الهادي بشار، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص26.
(2) اسماعيل، محمد، (2014)، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، ص 110.

كما أباحت المادة (33) من قانون تشجيع الاستثمار الأردني، تسوية منازعات الاستثمار بين المستثمر لرأس مال أجنبي والمؤسسات الحكومية الأردنية وديا بين طرفي النزاع، وإذا لم تتم تسوية النزاع خلال مدة لاتزيد عن ستة أشهر، فلأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء أو إحالة النزاع على (المركز الدولي لتسوية النزاعات) لتسوية النزاع بالتوفيق أو بالتحكيم.[1] وقام المشرع بإلغاء هذا القانون وأحل محله قانون الاستثمار الأردني رقم (30) لسنة (2014)، يلاحظ بأن المشرع أكد على ذات المادة الملغاة بأخرى منحها الرقم (43) والتي كان ما جاء فيها: ((تسوى نزاعات الاستثمار بين الجهات الحكومية والمستثمر وديا خلال مدة أقصاها ستة أشهر، وبخلاف ذلك، لطرفي النزاع اللجوء للمحاكم الأردنية، أو تسوية النزاعات وفقا لقانون التحكيم الأردني، أو اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات باتفاق الطرفين)).[2]

وهناك جانب من الفقه يؤيد إيراد شرط التحكيم في العقد المبرم، أو المزمع إبرامه بين الإدارة والأطراف الأجنبية، فعلى الرغم من خطورة إيراد مثل هذا الاتفاق في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة مع الجهات الأجنبية، إلا أن وجود مثل هذا الشرط مسبقا، وبصورة اتفاقية رضائية، إنما يشكل حصانة له من أي سيطرة لاحقة قد يفرضها القانون الوطني، أو أي تعديل من شأنه أن يهدم غاية اللجوء للتحكيم أساسا، ومما زاد من مبررات اشتراط التحكيم في هذا النوع من العقود عدم وجود هيئة قضائية ذات اختصاص دولي لفض منازعات العقود الإدارية، إذ لا يمكن للطرف الأجنبي المتعاقد مع الإدارة أن يقف خصما لها أمام محكمة العدل الدولية، حيث لا تختص تلك المحكمة سوى بمنازعات الدول.[3]

وعليه؛ فلا يجوز للإدارة أن تتراجع عن شرط التحكيم لوجود نص تشريعي يحظر عليها إيراد مثل هذا الشرط، ولعل أصدق مثال على ذلك القضية التي ثارت بين إحدى الشركات الفرنسية ووزارة الأشغال التونسية، لدى تعاقد الأولى معها، من أجل إنشاء طريق عام بالعاصمة التونسية، حيث أحال كلا الفريقين النزاع الذي قد ينشا عن تعاقدها للتحكيم، وبمجرد أن صدر حكم التحكيم في غير صالح ووزارة الأشغال التونسية لجأت مباشرة للطعن فيه أمام محكمة استئناف باريس مستندة في ذلك إلى الحظر الوارد في تشريعها الوطني، إلا أن محكمة استئناف باريس

---

(1) قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغي رقم (16) لسنة (1995)، وتعديلاته لعام (2000).

(2) قانون الاستثمار الأردني رقم (30) لسنة (2014)، وانظر بهذا الخصوص أيضاً قرار ممحكمة التمييز الأردنية رقم (2015/338) الصادر عنها بتاريخ 2015/12/6 وقرارها رقم (2004/4025) الصادر عنها بتاريخ (2005/3/13)، كلا القرارين من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

(3) المحروقي، شادية، وناجي، أحمد، التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص 90.

رفضت هذا الطعن في حكمها الصادر في تاريخ 1994/02/14 مستندة في تبرير رفضها على أن الحظر الوارد لا يتجاوز إلا العقود الداخلية فقط [1].

وبالمقابل هناك من يعارض مثل هذا الاتفاق في نطاق العقود الإدارية الدولية؛ لأن ذلك من شأنه التأثير على هيبة الدولة والمساس بسيادتها.

فالتحكيم وفقا لوجهة النظر هذه يؤدي-غالبا- إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة وخصوصا عندما يتعلق الأمر بدول العالم الثالث، مما ينبيء عن إعمال قانون القوي على الضعيف ويجعل مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها فارغ المضمون، وتكمن الخطورة أكثر عندما يقوم الطرف الأجنبي المتعاقد مع الإدارة، بالبحث عن بعض الوثائق والمستندات التي قد تمس ببعض الاعتبارات السيادية، حيث لا يكتفي بطلبه بالإفصاح عنها، ويتجاوز ذلك بالحصول عليها بطرق غير رسمية مقدما إياها لهيئة التحكيم الأجنبية، ومثال ذلك النزاع الذي نشأ بين شركة نيترسال ودولة قطر في عام (1987)، بصدد تقاسم الإنتاج الممنوح لهذه الشركة، وأثر عدم سماح دولة قطر للشركة المذكورة أعلاه من التنقيب عن البترول بموجب الامتياز الممنوح لها في منطقة (أنشت والدبيل)، متذرعة بالاعتبارات السياسية التي تمنعها من التنقيب عن البترول لوجود نزاع على الحدود البحرية في تلك المنطقة بين دولتي قطر والبحرين والذي قد يتسبب بتصعيد المشاكل بينهما، إلا أن هيئة التحكيم طلبت من دولة قطر العمل على تحديد ميعاد استئناف الشركة لعمليات التنقيب عن النفط في الوقت المناسب كما أن هيئة التحكيم لم تر في المستندات التي حصلت عليها الشركة بطريقة غير قانونية وغير رسمية نوعا من الخطورة إذا ما اطلعت عليها هيئة التحكيم[2].

إلا أن الباحثة ترى بأنه وطالما كان هناك اتفاق مسبق يسمح باعتماد التحكيم كطريقة لحل أي نزاع مستقبلي قد ينشأ، ووضع له إطار دقيق ومحدد، فلا ضير من إيراد شرط التحكيم بنوع من المرونة وشيء من التحفظ دون إطلاق للأمر أو غلو فيه، ذلك الذي يؤدي بدوره لإعفاء الدولة من المساس بسيادتها الداخلية والخارجية، والتي تمثل العنصر المنشيء لوجودها كدولة والكاشف لهيبتها كصاحبة سلطة وسيادة.

ومعنى ذلك أنه يجب التفرقة في هذا المجال بين ما هو سيادي بحت لا يجوز المساس به أو الاتفاق على ما يخالفه، وبين ما هو اتفاق عقدي شأنه شان باقي العقود الاستثمارية التي تتمكن الدولة من خلالها جذب رؤوس الأموال، وتشجيع الاستثمارات بما يخدم مصلحة مواطنيها،

(1) مخلوف، أحمد، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ذكره، ص 371.
(2) المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 66.

ويساهم في تيسير مرافقها العامة بانتظام واطراد، حتى لا يصبح اللجوء للتحكيم أداة للقسر السياسي، ووسيلة يتذرع بها الطرف الأجنبي لإحكام قبضته السياسية على الدولة الطرف الثاني في العملية العقدية.

ومن جانب آخر فإن المعارضين لمسألة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية يرون بأن هذا الأمر قد يؤثر سلبا على اقتصاديات الدول النامية، ويتضح ذلك في ظل العلاقات الدولية غير المتوازنة بين هذه الدول والدول المتقدمة كما يراها أصحاب هذا الفرض، مضيفين بأنه غالبا ما يؤدي هذا لكثير من التضحيات والأعباء والتنازلات لصالح الدول القوية على حساب الدول النامية، مضافا لها التكلفة الباهظة لمثل هذه العمليات.

ورداً على هذا الفرض فإننا نود أن نوجه سؤالا مفاده ما هو الأهم في العقود الإدارية الاستنزاف المالي المؤقت أم الربح البعيد المضاعف؟ وماذا عن العنصر الزمني الذي يختزله اللجوء إلى التحكيم مما يدعم بدوره سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وبما يقتضيه علم القانون الإداري من مرونة وسرعة وكفاءة في الأداء؟ مضافا إلى ذلك الكم الهائل والذي من المحتمل أن تستفيد منه الدولة في عقودها المبرمة مع الجهات الأجنبية حال تطبيقها تشريعات أجنبية محل منازعات عقودها الإدارية الدولية والمحلية.

وعلى الصعيد العملي، نستذكر هنا ذلك الكم الهائل من القرارات التحكيمية التي حسمت بدورها الكثير من المنازعات في مجال العقود الإدارية بشقيها الداخلي والخارجي، بإطار من الودّ والتراضي مختزلة بدورها عامل الوقت والجهد والضغينة الناشئة عن اللجوء للجهات القضائية المختصة، ومن هنا كان لا بد لنا من أن نتناول بنوع من الإيجاز غير المخل توجهات بعض الدول في إخضاع منازعاتها العقدية الإدارية لاتفاق التحكيم، مستهلين ذلك بموقف مشرّعنا الأردني الذي تصدر الكثير من الدول العربية وكان من أوائل المهتمين بتقنين أحكام التحكيم ويعد قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة (1953) أصدق دليل على ذلك[1].

ففي المادة (20) من قانون التحكيم الأردني ورد أنه: "يسري هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية أحد الفريقين، ولكن ليس فيه ما يؤثر في الأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة".

وهذا النص أضفى بوضوح على العقود التي تبرمها الدولة مع جهات أجنبية نوعاً من المرونة في التكييف مراعياً بذلك مستجدات العصر، جاعلا من المصلحة العامة للدولة العنصر

(1)قانون التحكيم الأردني، رقم (18) لسنة (1953)، المنشور على الصفحة (482)، في الجريدة الرسمية العدد (113) بتاريخ (1953/1/17).

الجوهري في أي عقد ينشأ مع الدول الأخرى، وبإلغاء هذا القانون وصدور قانون التحكيم رقم (31) لسنة (2001) أضاف المشرّع الأردني لدى صياغته المادة الحادية عشرة من ذات القانون عبارة:((يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع))، سواء كان مستقلا بذاته، أو ورد في عقد معين بشان كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين.

وبهذا يكون المشرّع الأردني قد توسع في إمكانية خضوع أي نزاع لحكم التحكيم دون إيراده نصاً يبيح ذلك أو يبرره في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بشقيها الداخلي والدولي وإننا نرى أن في التوسع خطورة، ويا حبذا لو ذكر مشرعنا الأردني ذلك صراحة ووضع شروطا كتلك التي وضعتها التشريعات الأخرى كما سنرى لاحقا خصوصا تلك المتصلة بالعقود المتضمنة طرف أجنبي، والتي تقتضي مضاعفة الحيطة والحذر؛ لمنع العناصر الأجنبية في العقد من تطويع هذا الاتفاق لغايات الهيمنة السياسية على الدول، وعدم الاكتفاء بخلو هذا القانون من نص يخرج أعمال اتفاق التحكيم من نطاق العقود الإدارية.

هذا وقد توجه القضاء الأردني في العديد من أحكامه لصحة مثل هذا الاتفاق لما ورد في العقد ومن ضمنها حكم محكمة التمييز الموقرة رقم (68/283) الصادر عنها بتاريخ 1969/1/26 من أنه: "إذا وافق المدعي بتوقيعه للعقد المبرم بينه وبين وزير المواصلات فإن سعي المدعي في نقض هذا الاتفاق هو سعي في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وذلك لأن اتفاق الطرفين هو قانونهم، ولأن مثل هذا الاتفاق ليس ممنوعا في القوانين والأنظمة وغير مخالف للنظام العام"[1].

وهذا ما أكده قضاء محكمة الاستئناف مجيزا مشروعية لجوء الإدارة للتحكيم، مما يؤكد أن سكوت المشرّع إجازة لما لم يورد بحكمه نص بالنظر لقانون التحكيم من جهة، والقرارات القضائية المعززة له من جهة أخرى.

ويمكن الاستدلال على ذلك مما أقرته محكمة الاستئناف، إثر نظرها لأحد اتفاقيات التحكيم في العقد الذي أبرمته وزارة التربية والتعليم الأردنية مع شركة (أشفورد إنترناشونال) بتاريخ (2001/11/25) لغايات تطوير الأجهزة الإلكترونية التابعة للوزارة من قبل الشركة المذكورة أعلاه متفقين على إحاطة أي خلاف ينشأ عن عقدهم للتحكيم، وإثر الخلاف الذي حصل لاحقاً بما يتعلق بشروط تنفيذ العقد وإحاطة النزاع للتحكيم، وبعد تعيين محكمين منتخبين من قبل أطراف النزاع مع رئيس الهيئة، قامت وزارة التربية والتعليم وإثر تضمينها بدفع نصف أتعاب التحكيم البالغة خمسة آلاف دينار بالاستئناف وعليه طعن ممثلها - المحامي العام المدني- بقرار هيئة

(1) من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

التحكيم لدى المحكمة لفسخ القرار الطعين، وعدم إلزامها بأتعاب المحكمين، وإلزام المستأنف ضدها- شركة أشفورد إنترناشونال- بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة، إلا أنّ محكمة الاستئناف ردت الاستئناف شكلاً وكان ما ورد ضمن حيثيات حكمها: "وحيث إن المحكمين لم يرفعوا أيديهم عن رؤية دعوى التحكيم وإن إجراءات التحكيم لم تنته، إن أحكام التحكيم لا تقبل الطعن وفقاً لأحكام المادة (48) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة (2001)، وإن حق كل طرف من طرفي التحكيم ينحصر بإقامة دعوى البطلان بعد انتهاء إجراءات التحكيم، وصدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وحيث أن قرار المحكمين بالأتعاب المعجلة في هذه المرحلة من إجراءات التحكيم لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف إلا بدعوى البطلان مع القرار الفاصل في حكم التحكم، إضافة إلى أن المادة (49) من قانون التحكيم حددت الحالات التي يكون حكم التحكيم قابلاً للطعن به بدعوى بطلان التحكيم، وأن القرار المستأنف ليس ضمن هذه الحالات، مما يعني أن طلب فسخ قرار هيئة التحكيم موضوع هذا الاستئناف مستوجب الرد شكلاً"[1].

أما في فرنسا فلعل الناظر في الفقه الفرنسي يرى بأنَّه ميّز بين التحكيم الداخلي والدولي وأسبغ صفة الحظر على اللجوء للتحكيم بما يتصل بالنوع الأول دون الثاني وبهذا خفف المشرّع الفرنسي من هذا الحظر بصورة تدريجية وضمن استثناءات محددة بنص القانون، أجازت من خلالها اعتماد اتفاق التحكيم في بعض العقود التي تبرمها الدولة مع الجهات الأجنبية أي العقود ذات الطابع الدولي [2].

وعن مجلس الدولة الفرنسي فقد انتقل من الحظر المطلق الذي يرتب بطلان شرط التحكم لتعلقه بالنظام العام في أي عقد إداري يرد، إلى ما انتهى إليه برأيه الشهير الذي أصدره في(1986/3/6) وعليه انتهى بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم إلا إذا نص صراحة على ذلك في اتفاق دولي أو قانون داخلي، وبهذا اعتبر أن عدم وجود مثل هذا الاتفاق في العقد الذي أبرمته فرنسا مع شركة ديزني لاند العالمية بأمريكا، وإحالة أي نزاع قد ينشأ بينهما للتحكيم، وعلى إثر نزاع قام بينهما دفعت الحكومة الفرنسية بعدم جواز لجوء أشخاص القانون العام في فرنسا للتحكيم إلا بناء على نص خاص وصريح يسمح له بذلك، ومع خلو الموضوع المطروح من هذا النص، فإن شرط اللجوء للتحكيم هو باطل حكماً، إلا أن المشرّع الفرنسي تدخل فورا للحفاظ على مصالح البلد القومية، باعتبار أن مدينة الملاهي تمثل مطلبا عاما ومصلحة هامة للدولة، مصدرا القانون رقم (972/86) بتاريخ (1986/8/19) ومتناولا في مادته التاسعة من

(1) المقابلة، مازن فايز محمد،(2004)، التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ص 75-76.
(2) المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 95-97.

القانون المذكور السماح للدولة وللتجمعات الإقليمية أو المحلية، وللمؤسسات العامة في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية بالتوسيع من شروط التحكيم، وعندما تقتضي الضرورة الحتمية، بغرض تسوية المنازعات المرتبطة بتطبيق وتفسير هذه العقود[1].

وبصدور قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، عدل المشرع الفرنسي عن هذا الحظر بالنظر إلى أن التكييف القانوني لمثل هذه العقود يدرج ضمن العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، وهذا ما قصده في الفقرة الأخيرة من المادة (11) من قانون الشراكة الفرنسي رقم (559)، الصادر بتاريخ (2004/6/17) والمعدل بتاريخ (2016/4/11)، حيث أشار لإمكانية حل النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص باللجوء إلى التحكيم، مع وجوب تطبيق القانون الفرنسي.[2]

ونظرا لحساسية مثل هذا النوع من العقود، شهد التنظيم الإداري لتطبيق عقود الشراكة في فرنسا رقابة كبيرة من قبل الحكومة، حيث تم إنشاء لجنة لهذه الغاية في العام (2005) عرفت بلجنة المساعدة لتطبيق عقود الشراكة Commission d'appui à la Réalisation des "Contrats de Partenariat" مقرها وزارة المالية الفرنسية، وتباشر مهاماً عديدة منها الاشتراك مع الجهات الإدارية بتقييم المشروعات التي سيتم تنفيذها بواسطة عقود الشراكة من خلال دراسة الجدوى الاقتصادية لها، بالإضافة لواجبها بتحضير الوثائق والقيام بالمفاوضات اللازمة لإتمام هذه العقود، والتشجيع على إبرام المزيد منها مع الحكومة الفرنسية[3]، وهو أمر يؤكد على حرص المشرع الفرنسي لإيجاد وسيلة لضمان تحقيق الأهداف التي لجأ من خلالها لإيجاد تقنين شامل لمثل هذا النوع من العقود، الذي برر فيه اللجوء للتحكيم، هادفاً من وراء ذلك كله لتحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

كما مكنت عقود الشراكة في فرنسا من إنجاز أول بنية تحتية للمرافق العامة، ومواكبة ما تم إنشاءه في العاصمة باريس، ووضع قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسي لسنة

---

(1) ساري جورجي، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص 237.

(2) Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Article 11 (abrogé au 1 avril 2016 "Un contrat de partenariat comporte nécessairement des relatives"I- Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française

(3) النعيمي، أبو بكر، (2014)، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية (عقود البوت (BOT) وعقود الشراكة (PPP)، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، ص 121.

(2004)، محددات تضمن الحياد وتبسيط الإجراءات بين المستثمر والدولة مما يسهل استعمال التحكيم كأداة قانونية؛ لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار العمومي. وبصدور القانون المعدل لقانون الشراكة والذي يحمل الرقم (179) بتاريخ (2009/2/17)، تم إعادة النظر في بعض جوانب النظام المالي المطبق على عقود الشراكة؛ لضمان ملائمتها مع ظروف الأزمة المالية والإسراع في إنجاز البرامج الاستثمارية بين القطاع العام والخاص.[1]

كما برر جانب من الفقه عدول مجلس الدولة الفرنسي عن حظره اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية بصورتها التقليدية، باستثناء المبررات والشروط المرتبطة بالعقود الإدارية الدولية وإباحته للتحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بوصفها إحدى طوائف هذه العقود بقوله: " إن موضوع العقد يتعلق بمرفق عمومي، ولذلك فإن تعطل إنجازه من شأنه المساس بالمصلحة العامة التي يسعى مجلس الدول لتحقيقها".[2]

وحديثا جدا أصدر مجلس الدولة الفرنسي تقريرا بخصوص الحكم المتعلق بقضية (GAZ-de-france) بتاريخ (2016/11/8) بيّن فيه العلاقة بين المحاكم الإدارية والتحكيم الدولي وأوضح من خلاله أن مجلس الدولة الفرنسي يبسط رقابته على الأحكام الصادرة في مجال التحكيم الدولي، من خلال استشهاده بهذه القضية التي بدأت وقائعها في عام (2001)، حينما أبرمت شركة (GAZ-de-France) وهي مؤسسة عامة، عقد دولي مع مجموعة من الشركات لبناء محطات الغاز الطبيعي المسال في (Fos- Cavaou) بشبه الجزيرة الكورية، ثم تم التنازل عن هذا العقد من قبل مؤسسة (GAZ-de- france)، إلى شركة تابعة والتي هي الآن شركة

---

(1) الوزارة الأولى، المدرسة الوطنية للإدارة، معهد تنمية قدرات كبار الموظفين، الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، الدورة الرابعة (2010/11- 2011/7)، تونس، ص 81.

(2) ويشار أيضا إلى اتساع نطاق مشاريع الشراكة في فرنسا بين القطاعين العام والخاص، حيث أصبحت تشمل قطاعات هامة من ضمنها الطرقات والسكك الحديدية والمنشآت الرياضية، والاتصالات، ومثالها:"1- إنشاء ملعب رياضي بمدينة ليل بلغت تكلفته حوالي(430) مليون يورو، 2- مركب صحي في جنوب فرنسا (340) مليون يورو، 3- مشروع مراقبة مدينة باريس بالكاميرات (44) مليون يورو، 4- المعهد الوطني للرياضة وبلغت تكلفته (250) يورو لمدة (30) سنة وهي أقصى مدة لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون الفرنسي، وبحسب الدراسات ستصل مبالغ عقود الشراكة لما يقارب (60) مليار يورو في عام (2020)، كما أنه من المنتظر إبرام عقود شراكة تتعلق بمشاريع عملاقة مثل المحكمة الكبرى في باريس، الوزارة الأولى، المدرسة الوطنية للإدارة، معهد تنمية قدرات كبار الموظفين، مرجع سابق ذكره ص 49 وما بعدها.

(fosmax) التي قررت بعدها بالاتفاق مع الطرف الأول بأن يتم تسوية أي نزاع ينشأ عن العقد بواسطة التحكيم، وليس عن طريق المحكمة المختصة.[1]

وبعد الانتهاء من أعمال محطة الغاز الطبيعي المسال، نشب نزاع بين الطرفين، وعلى إثره أصدرت هيئة التحكيم حكما في (2015/12/13)، بإلزام الطرف الآخر (STS) بدفع مبلغ (345 805 68) يورو لشركة (Fosmax)، وبعد ذلك طعنت شركة (Fosmax) بالحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي من أجل إلغاء قرار التحكيم، وبحث مجلس الدولة حينها مسألة ما إذا كانت القضية من اختصاص المحاكم الإدارية وبالتالي يجوز للمجلس النظر فيها، وفي (2016/4/11) صدر الحكم بإلغاء حكم التحكيم، وبوجوب أن يحال النزاع للمحاكم الإدارية وكانت هذه هي المرة الأولى التي يبسط فيها مجلس الدولة الفرنسي رقابته على أحكام التحكيم الدولي، مما يؤكد أن الرقابة على مثل هذه الأحكام محدودة وتتعلق بالالتزام بالإجراءات القانونية الواجبة الاتباع من قبل هيئة التحكيم، وقواعد الاختصاص، والتكوين الصحيح لمحكمة التحكيم بالإضافة إلى احترام مبدأ الخصومة ووجوب تعليل الأحكام، وبالنسبة لحكم التحكيم أن لا يتعارض مع قواعد النظام العام، وأن لا يتعارض مع القواعد التي تنتقص من الأشخاص العامة، وتشمل

---

(1)LE CONSEIL D’ÉTAT ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE. 8 novembre 2016 Juridictions administratives et arbitrage international.Le Conseil d’État précise les modalités de son contrôle sur une sentence rendue en matière d’arbitrage international. En 2001, Gaz de France, qui était alors un établissement public, a conclu un contrat avec un groupement de sociétés pour la construction d’un terminal méthanier sur la presqu’île de Fos Cavaou. Ce contrat a ensuite été cédé par Gaz de France à l’une de ses filiales, qui est aujourd’hui la société Fosmax LNG. Par un avenant de 2011, la société Fosmax et le groupement d’entreprises ont décidé que tout différend relatif au contrat serait tranché par des arbitres et non par une juridiction étatique. L’achèvement des travaux du terminal méthanier ayant donné lieu à un litige entre les parties, celui-ci a donc été tranché selon une procédure d’arbitrage. Le tribunal arbitral constitué a rendu une sentence le 13 février 2015, qui a condamné le groupement STS à payer la somme de 68 805 345 euros à la société Fosmax LNG tandis que cette société était condamnée à payer au groupement la somme de 128 162 021 euros.

La société Fosmax a saisi le Conseil d’État d’un recours tendant à l’annulation de cette sentence arbitrale.

Le Conseil d’État a d’abord été confronté à la question de savoir si ce litige relevait des juridictions administratives, et donc du Conseil d’Etat, ou des juridictions judiciaires: il a donc saisi le Tribunal des conflits, qui est chargé de résoudre ces questions d’attribution des litiges entre les deux ordres de juridiction. Le 11 avril 2016, le Tribunal des conflits a jugé que ce recours en annulation de la sentence arbitrale devait être jugé par la juridiction administrative.

هذه القواعد، حظر تبادل الهدايا وحظر التنازل عن بعض السلطات العامة، أو قواعد النظام العام في الاتحاد الأوروبي.[1]

وبهذا قرر مجلس الدولة الفرنسي ما يأتي: أولاً: فيما يتعلق بتسوية النزاع عن طريق التحكيم فإن المتقدمين بالطعن اعتمدوا على أن المحكمين أخطأوا باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لدى تكييفهم العقد من عقود القانون الخاص، رغم أن محكمة التنازع قررت بأن المحكمة المختصة هي المحكمة الإدارية، ورغم ذلك استبعدت هيئة التحكيم أن الاتفاقية وقعت في الاصل من قبل المؤسسة العامة (GAZ-de- france) وبأن العقد يظل إداريا، وتحكمه قواعد القانون العام الواجب التطبيق على هذه العقود، ولكن نظرا لمحدودية الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على هذا القرار، يعتبر مجلس الدولة أن هذا الخطأ المنطوي على القواعد الواجب إعمالها في القانون لا يبطل الحكم كليا، إلا إذا أدى هذا الخطأ لتجاوز أو تجاهل قاعدة من النظام العام، ولم يتبين من النتائج المستخلصة من حكم التحكيم ذلك، وما يهم هو التعويض عن

(1)LE CONSEIL D’ÉTAT ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE. 8 novembre 2016 Juridictions administratives et arbitrage international. C’était la première fois que le Conseil d’État devait déterminer le contrôle qu’il exerce sur une sentence rendue en matière d’arbitrage international. Par sa décision, le Conseil d’État confirme que le contrôle exercé sur une telle sentence est limité et ne porte que sur les éléments suivant. la possibilité de soumettre le litige à l’arbitrage ;
- certains éléments relatifs à la régularité de la procédure, à savoir le respect par le tribunal de sa compétence et de sa mission, sa correcte composition, le respect des principes d’indépendance et d’impartialité des juges, ainsi que le respect du caractère contradictoire de la procédure et de la motivation de la sentence ;
- s’agissant du contrôle sur la façon dont les arbitres ont réglé le litige, le Conseil d’État ne rejuge pas le litige, comme le ferait une cour d’appel ; il s’assure simplement que la sentence rendue n’est pas contraire à l’ordre public, c'est-à-dire que le contrat n’était pas dès le départ entaché d'un vice d’une particulière gravité, notamment d’un vice de consentement, ou n’est pas contraire à une règle à laquelle les personnes publiques ne peuvent déroger. Ces règles sont, notamment, l’interdiction des libéralités, l’interdiction d'aliéner le domaine public, l’interdiction de renoncer à certaines prérogatives publiques ou les règles d’ordre public du droit de l’Union européenne.

التكاليف الإضافية التي تكبدت بها المؤسسة بسبب تصرفات شركة (Fosmax) للغاز الطبيعي المسال أثناء البناء[1].

ثانيا: وبالمقابل، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرى بأن الحكم قد تجاوز النظام العام في نقطة واحدة هي تطبيق المحكم لقواعد القانون الخاص، حيث قضي بأن شركة (Fosmax)، لا يمكن أن تكمل تنفيذ أعمالها، وهذا يعني أن تعمل بنفسها، أو تعهد بذلك لطرف ثالث على حساب الطرف الآخر وبهذا ألغى مجلس الدولة الفرنسي هذه النقطة، ورفض طلب شركة (Fosmax) للغاز المسال بدفع التكلفة الكاملة للعمل، لأن الأعمال قد أنجزت من قبل طرف ثالث على حساب

(1) LE CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE. 8 novembre 2016 Juridictions administratives et arbitrage international.La décision du Conseil d'État en l'espèce
Appliquant ces règles en l'espèce, le Conseil d'État a jugé que la sentence arbitrale avait été régulièrement rendue.
S'agissant du règlement du litige par les arbitres, les requérants se prévalaient, en particulier, d'une erreur des arbitres sur les règles de droit applicable. En effet, les arbitres avaient considéré que le contrat en cause était un contrat de droit privé. Le Tribunal des conflits, lorsqu'il a décidé d'attribuer le litige à la juridiction administrative, a au contraire jugé que ce contrat, signé à l'origine par l'établissement public Gaz-de-France, était demeuré un contrat administratif régi par les règles de droit public applicables à ces contrats. Cependant, eu égard au caractère limité du contrôle exercé par le juge administratif sur une telle sentence, le Conseil d'État estime que cette erreur sur les règles de droit applicable ne suffit pas à entraîner automatiquement l'annulation de la sentence: l'annulation n'est encourue que si cette erreur a conduit l'arbitre à méconnaître ou à écarter une règle d'ordre public. Tel n'était pas le cas des conséquences tirées de cette qualification pour ce qui concerne l'indemnisation du groupement d'entreprises des surcoûts dus au comportement de la société Fosmax LNG durant le déroulement du chantier.
- En revanche, le Conseil d'État estime que la sentence méconnaît une règle d'ordre public sur un point,: l'arbitre, qui estimait avoir à appliquer un contrat de droit privé, avait jugé que la société Fosmax ne pouvait pas procéder à la mise en régie des travaux, c'est-à-dire décider de les exécuter elle-même ou de les confier à un tiers, aux frais de son cocontractant, dès lors que cette société était d'avis que ce dernier n'exécutait pas le contrat. Or cette faculté existe toujours lorsqu'on est en présence d'un contrat administratif portant sur des travaux publics et elle revêt le caractère d'une règle d'ordre public, applicable même dans le silence du contrat: sur ce point, le Conseil d'État annule donc la sentence qui, s'en tenant au constat que le contrat subordonnait l'exercice de la faculté de mise en régie à la résiliation préalable du contrat, a rejeté la demande de la société Fosmax LNG tenant à la condamnation du groupement au paiement de l'intégralité du coût des travaux que la société a fait exécuter par des tiers aux frais et risques de celui-ci.
Cette annulation ne conduit toutefois pas le Conseil d'État à rejuger ce point de l'affaire. Les parties doivent retourner, si elles le souhaitent, devant une juridiction arbitrale. Elles ne pourraient faire trancher ce point du litige par une juridiction administrative que si elles le souhaitaient toutes les deux et amendaient ainsi la convention d'arbitrage

ومخاطر شركة (Fosmax)، غير أن إلغاء هذه النقطة لم يدفع مجلس الدولة لإعادة الحكم في هذه النقطة من القضية، حيث أوضح بأنه: "يجب على الطرفين إذا رغبوا العودة لاختصاص التحكيم، كما يمكن تسوية هذا النزاع من قبل المحكمة الإدارية إذا رغب الطرفين بذلك، وحينها يعتبر اتفاق التحكيم معدلا".

يلاحظ مما سبق وبالنظر لموقف المشرّع الفرنسي، والذي يتضح به تشدده الذي وصل لأعلى مراتب الحظر، وإن لم يكن حظراً مطلقاً بالمعنى الدقيق، بأنّه فصل ما بين اختصاصات الجهات القضائية الناظرة في العقود الإدارية وتلك المدنية، على عكس ما انتهجه قانوننا الأردني لدى إحالته كافة المنازعات المتعلقة بالعقود بشقيها المدني والإداري وعلى حد سواء للمحاكم العادية[1]، فإنه لايمكن القياس على ما لم يرد بشأنه وجه تشابه، وبالتالي فإننا نكتفي بأن نقترح على مشرعنا إناطة النظر في منازعات العقود الإدارية للجهات صاحبة الاختصاص الأصيل، ألا وهي المحاكم الإدارية ومن ثم إيراد نص صريح يتعلق بإباحة اعتماد اتفاق التحكيم كمرجع لحل النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية، مع التحوط وإيراد ما يلزم من شروط تتصل اتصالا مباشرا بتلك العقود الإدارية المتضمنة عنصرا أجنبيا، وإننا نرى بأن سكوت المشرّع الأردني - مع الاحترام - غير مبرر أو مفسر.

ذلك لأن الخطورة تزداد وتتصاعد حال إبقاء النص مطلقا، ومأخوذا على محل القياس بنص آخر كما فعل المشرّع الأردني بالمقارنة مع المشرّع الفرنسي، الذي صرح بالحظر وخفف منه لدى اشتراطه صدور تشريع يبيح اللجوء للتحكيم في عقود الدولة التي تبرمها مع الجهات الأجنبية مبررا تقليصه لحدة هذا الحظر؛ بما تقتضيه مصلحة البلاد التي استمد منها وجوده أصلا.

وحتى بحسب التوجه الجديد الذي اعتمده المشرع الفرنسي لدى إباحته اللجوء للتحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تعد العقود الإدارية الدولية الاستثمارية إحدى طوائفها، لم يبق النص مشرعا دون قيود، بل أشار في ختام الماد(11) من هذا القانون إلى وجوب تطبيق القانون الفرنسي حال تم الاتفاق على حسم النزاع بواسطة التحكيم، وهو أمر لاحظناه في قرارات مجلس الدولة الفرنسي الحديثة، إذ لا زال المجلس يمارس رقابته على التحكيم الدولي في مثل هذا النوع من العقود حتى وإن كانت رقابته محصورة بنقاط محددة لكنها بالغة الأهمية، وعلى درجة من الحساسية التي تدفعنا للقول بأن إلغاء حظر اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الاستثمارية، تم في ضوء معطيات تخدم المرفق العام، وتساهم في حسن سيره بانتظام واطراد وتحقق غاية الدولة القصوى وهي حماية المصلحة العامة والنهوض بها لأقصى درجات الكمال.

---

1 أنظر نص المادة (5) من قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة (2014).

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري وأركانها

تباشر الإدارة العامة أنشطة متنوعة لدى ممارستها أعمالها المتعلقة بإنشاء وتسيير وتنظيم المرفق العام، هادفة بذلك تحقيق المصلحة العامة التي تعد محور وجود الدولة الحديثة، ويعد العقد الدولي الموسوم بالطابع الاستثماري أحد أهم طوائف هذه العقود، نظرا لارتباطه بالتطور التكنولوجي ورغبة الدولة بإشباع حاجات الأفراد المختلفة من خلال إنشاء المرافق العامة أو تطويرها، والاستعانة بخبرات ورؤوس أموال أجنبية، عن طريق إبرام عقود إدارية دولية تتسم بالطابع الاستثماري.

وعليه؛ سنتناول في هذا المبحث الطبيعة القانونية لهذه العقود وأركانها من خلال مطلبين خصصنا الأول منهما للحديث في مفهومها، في حين يعالج المطلب الثاني أركان هذه العقود مع التركيز على أهمية ركن الشكل فيها.

المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية الدولية الاستثمارية

تنتمي العقود الإدارية الدولية الاستثمارية إلى طائفة العقود الإدارية التي تبرمها الدولة ممثلة بجهاتها الحكومية مع الطرف الأجنبي (المستثمر)، وهي بذلك تختلف عن العقود الموسومة بالطابع التجاري البحت، والتي تجد المواد القانونية التي تلائمها في ميدان القانون الخاص، مما يتوجب معه إزالة الخلط الذي قد يقع بين مفهوم هذه العقود وغيرها مما قد يحمل تسمية مشابهة لها، وهذا يقتضي منا الحديث أولاً في ماهية العقد الإداري الدولي الاستثماري وطبيعته القانونية وفي مدى توافر أركان العقد الإداري في هذا النوع من العقود.

الفرع الأول: ماهية العقد الإداري الدولي الاستثماري وطبيعته القانونية الخاصة

عرف جانب منه هذه العقود بأنها: " العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبية، والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد"[1].

كما قيل بأنها: " العقود التي تتضمن تحركات الأموال النقدية أو العينية، والحقوق المعنوية من بلدٍ إلى آخر سواء رافقها العمل أو دونه، كإقامة مشروع اقتصادي أو المساهمة في رأس مال مشروع قائم بهدف تحقيق ربح يفوق ما يتوقع الحصول عليه من البلد المصدر لها، أو استخدام أصول مالية مهما كانت طبيعتها و نوعها من شخص طبيعي، أو اعتيادي في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته، وسواء خوله هذا الاستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أو لا بهدف تحقيق عائد مجز"[2].

ورغم الازدواجية التي تتصف بها العقود الإدارية الدولية، إلا أن إبرامها بين الدول والمستثمرين يجعلها تحتل مكانة خاصة، إذ إن السمة الدولية التي تحيط بها لا تخرجها بأي حال من الأحوال عن إطار القانون العام، وعن الهدف الذي يصب في إطار المصلحة العامة.[3]

وعرف جانب آخر من الفقه المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الدولية بأنها "المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد الاستثماري - الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي - نتيجة لانتهاك أحد الأطراف الحقوق، أو خرقه للالتزامات المنصوص عليها في العقد الاستثماري، أو إنهاء العقد إنهاءً مبتسرا، أو اتخاذ أي إجراء انفرادي من قبل أحد الأطراف، مما ينتج عنه أضرار جسيمة للطرف الآخر يستلزم بها تعويض الطرف الواقع عليه الضرر عما أصابه من أضرار جراء تلك الانتهاكات أو الإجراءات"[4].

ويلاحظ لدى الاطلاع على الآراء الفقهية التي تناولت مفهوم هذه العقود الخلاف الواضح والمتشعب حول طبيعتها القانونية، فبينما يرى البعض أنها عقود إدارية نظرا لاحتوائها على المعايير المميزة للعقد الإداري، يرى البعض الآخر أنها ليست كذلك إذ يتجلى فيها مبدأ سلطان الإرادة وذلك على عكس العقود الإدارية الداخلية[5].

---

(1) البستنجي، ياسر (2007). دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الأردن رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة مؤتة، الكرك، الأردن، ص41.
(2) عكاشة، خالد، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار(دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص87.
(3) إسماعيل، محمد، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، مرجع سابق ذكره، ص 53.
(4) المرجع ذاته، ص110.
(5) المواجدة، محمود مراد، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 55.

ووفقا لأصحاب وجهة النظر الأولى تكون المنازعة إدارية وتدخل في اختصاص القضاء الإداري إذا توافر فيها عنصران، أولهما: اتصال المنازعة بسلطة إدارية، وثانيهما اتصال المنازعة بنشاط مرفقي تباشره السلطة الإدارية بوسائل القانون العام[1]، غير أن الأمر يصبح أقل وضوحا عندما تتصل المنازعة التي يكون أحد أطرافها تابعاً للإدارة، وممثلاً لأشخاص القانون العام ولأجل إنشاء، أو خدمة مرفق عام، مع آخر أجنبي مما يضفي على هذا العقد الإداري بأصله الطابع الدولي بالضرورة.

وبعيدا عن الاختلاف في وجهات النظر والقول بأن هذا العقد قد يقترب بطبيعته من عقود القانون الخاص، استناداً للأهداف الاستثمارية التي يدور حولها، فإننا نعتقد أنه وحتى لو اتخذ العقد بحكم الواقع دوافع استثمارية فهذا لا يكفي لإخراجه عن طبيعته الإدارية، كون المحل الذي يرعاه ويدور بقاءه وجوداً وعدماً حوله هو المرفق العام، وبذلك يستوي أن تكون العلاقة العقدية التي تقيمها الإدارة مع الطرف الآخر داخلية أم عابرة للحدود طالما اتحد المحل والغاية التي يرمي إليها.

إن الاستثمار الأجنبي المباشر يفترض بصورة عامة وجود عاملين أساسيين؛ أولهما: ممارسة المستثمر الأجنبي لنشاط اقتصادي في دولة غير دولته، وثانيهما: إدارة المشروع والسيطرة عليه سواء بملكية كاملة أو جزئية[2] فالاستثمار الأجنبي المباشر كما أوضحه صندوق النقد الدولي هو "ذلك النوع من أنواع الاستثمار الدولي، الذي يعكس هدف حصول كيان مقيم في اقتصاد ما على مصلحة دائمة في مؤسسة مقيمة في اقتصاد آخر، وتنطوي هذه المصلحة على وجود علاقة طويلة الأجل بين الاستثمار المباشر(المؤسسة)، بالإضافة إلى تمتع المستثمر المباشر بدرجة كبيرة من النفوذ في إدارة المؤسسة"[3].

أما الاستثمار الأجنبي غير المباشر فإن ما يميزه عن النوع الأول (الاستثمار الأجنبي المباشر) هو أنه يقدم رأس المال للاستثمار دون التدخل في أعمال الإدارة والتوجيه والإشراف وفي الغالب هو استثمار قصير الأجل، وبالتالي لا يكون لهذا المستثمر الأجنبي حق الرقابة والتوجيه، ولا المساهمة في إدارة هذه الشركات، لأن غايته القصوى هي تحقيق الأرباح دون

---

(1) هند، حسن (2007)، التحكيم في المنازعات الإدارية دراسة قانونية، دون طبعة، مصر، دار الكتب القانونية دون طبعة، ص 14-18.

(3) أبو عمر، محمد، (2016)، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية أطروحة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ص 19.

3)) المرجع ذاته، ص 101.

التدخل في السياسات الاقتصادية للمشروع، كما قد يتمثل هذا النوع من الاستثمار بشكل قروض حكومية أو من منظمات التمويل الدولية[1].

وفي قانون تشجيع الاستثمار اقتصر المشرع الأردني على تعريف المشروع محل الاستثمار دون استظهار الماهية القانونية لهذا العقد بشكل واضح، فقد جاء في المادة الثانية من القانون وتحت عنوان المشروع محل الاستثمار بأنّه: "أي نشاط اقتصادي تنطبق عليه أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه)، وحتى بعد تعديل هذا القانون عام (2014) لم يتوسع المشرّع الأردني في المادة الثانية إلا بمدلول ما أسماه النشاط الاقتصادي ليشمل "أي نشاط صناعي أو زراعي أو سياحي أو إعلامي أو مرفقي أو خدمي بما فيها تكنولوجيا المعلومات"[2].

ورغم الخطوة التي انتهجها مشرعنا في الإحاطة بأوصاف ما يمكن أن يندرج تحت نطاق كل ما يعد نشاطاً اقتصادياً، إلا أنه لم يوضح مفهوم ما يعرف بعقد الاستثمار الدولي بشكلٍ دقيقٍ ومباشر.

كما اتبعت اتفاقية واشنطن ذات النهج حيث أخذت بمفهوم الاستثمار الأجنبي على إطلاقه إذ لم تأت الاتفاقية على ذكر تعريف للاستثمار، رغم أنها أبرمت خصيصا لتسوية المنازاعات القانونية الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبية المعقودة بين الدول ومواطني الدول الأخرى، فقد اكتفت الاتفاقية بالإشارة إلى ضرورة التعاون الدولي بين الدول المتعاقدة في العمل على التنمية الاقتصادية، والدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال، مما يتوقع معه قبول المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أي شكل من أشكال الاستثمارات الأجنبية، ونحن من مؤيدي سلامة هذا المنهج وقدرته على استيعاب كافة أشكال مفاهيم الاستثمار التي هي في تطور دائم.[3]

وفي هذا المجال فإننا لا نتفق مع من يرى بأن هذا النوع من العقود هي "عقود شبيهة" بعقود القانون العام، طرفاها الدولة أو الجهاز الحكومي من جهة، وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى[4]، لأن استخدام هذا التعبير فيه نوعٌ من الخروج عن التوصيف الدقيق لهذا العقد، فإذا أخذنا بعين الاعتبار كون الإدارة طرفا في العقد وبأنه يتصل بمرفق عام، وبنفس

(1) أبو قحف، عبد السلام (2001)، نظريات التدويل وجدوى الاستثمارات الأجنبية المباشرة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص 13.

(2) قانون الاستثمار الأردني رقم (30) لسنة (2014)، وانظر أيضاً: محمد عبد، الودود أبو عمر، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية، مرجع سابق ذكره، ص104.

(3) عشعوش، أحمد، (1990)، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون طبعة، ص 123.

(4) البستنجي، ياسر، دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الأردن، مرجع سابق ذكره ص42.

الوقت طبيعته الاستثمارية التي تجعله يتصل بالقانون الخاص بشكل أو بآخر، فإننا نستطيع القول بأن عقد الاستثمار الدولي هو: "العقد الذي تظهر به إرادة الإدارة العامة على نحو يثبت أثرها بالمعقود عليه، ألا وهو إنشاء، أو إدارة أو تسيير، مرفق عام، بشكل لا يضع مجالاً للشك بأن هذا المحل هو المحور القانوني الذي يقوم عليه مثل هذا العقد وجوداً أو عدماً، وفي سبيل تمام إبرامه تأخذ الإدارة بوسائل وأساليب القانون العام والتي يعد إيراد الشروط الاستثنائية الباهظة واحدا من أهمها، على أن يقابل هذا الإيجاب قبولاً من الطرف الآخر وهو الشخص الأجنبي بالضرورة، مما يتوجب معه أن يصطبغ هذا العقد بالسمة الاستثمارية والتي مفادها استخدام كل ما يتم تقديمه من الطرف الأجنبي في مجالات تنمية وتطوير المرفق العام هادفاً بذلك تحقيق المصلحة والمنفعة العامة بشكلٍ أو بآخر".

وعلى كل حال فإن انطباق قواعد ومبادئ القانون الإداري على المنازعات التي تثور بشأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتي تعد العقود الإدارية الاستثمارية الدولية إحدى طوائفها لا يعني انفصال هذه العقود بصورة كاملة عن القانون المدني، فالقانون المدني يبقى الشريعة العامة الناظمة لجميع العقود وهو محل اعتبار حتى في نطاق العقود الإدارية، ولذلك يمكن للقاضي الإداري أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلائم مع الروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام[1].

الفرع الثاني: مدى توافر عناصر العقد الإداري في العقود الإدارية الدولية

استكمالاً لحديثنا في ماهية العقود الإدارية الدولية وطبيعتها القانونية لا بد من التوقف عند مسألة مدى توافر عناصر العقد الإداري في هذا النوع من العقود، وهذه العناصر نجدها في تعريف الفقه والقضاء للعقد الإداري، ومن قبيل ذلك ما استقر عليه الفقه من أن العقد الإداري هو:" ذلك العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، متبعاً في هذا الأساليب المقررة في القانون العام، مما يعني انطوائه على نوع أو آخر من الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص"[2]، وما استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا من أن العقد الإداري هو: "العقد الذي تبرمه الإدارة بقصد إنشاء أو تنظيم أو تسيير مرفق عام وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام"[3].

---

(1) الفواعير، سيف (2016)، أطروحة دكتوراه بعنوان عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في ضوء قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (31) لسنة (2014)، عمان، الجامعة الأردنية ص 38.
(2) كنعان، نواف (2012) الوجيز بالقانون الإداري الأردني، ط4، الإمارات العربية المتحدة: الآفاق المشرقة ص 294.
(3) الجبوري، ماهر (2012)، الوسيط في القانون الإداري، العراق، وزارة التعليم العالي، ص419.

ومعنى ذلك أن هنالك ثلاثة عناصر يجب توافرها لاعتبار العقد عقداً إدارياً نوردها تباعاً ونرى مدى توافرها في العقود الإدارية الاستثمارية الدولية.

أولاً: أن يكون أحد أطراف هذا العقد شخصا معنوياً عاماً

يلزم لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، أما الطرف الثاني فيستوي أن يكون الطرف الآخر شخصا من أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون الخاص، ومعنى ذلك أن العقد الذي لا يكون أحد اطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعتبر عقدا إداريا بحال من الأحوال، كما أن كون الإدارة طرفا في عقد ما لا يحوله مباشرة إلى عقد إداري، إذا لم تتوافر العناصر الأخرى[1].

ويتوافرهذا العنصر بالنسبة للعقود الإدارية الدولية إذا ما تم إبرامها بين دولة، أو من يعمل لحاسبها مع الطرف الأجنبي، والذي يكون موضوعه استغلال ثروة طبيعية، أو إقامة منشآت صناعية بهدف التنمية طويلة الأجل[2]، فالإدارة هي طرف في هذه العقود، ويستوي بعد ذلك أن يكون الطرف الآخر أجنبياً أم لا، والمقصود بالأجنبي ليس ذلك الطرف الغريب عن العقد، إنما الشخص الذي يمثل دولة أخرى، فيعبر بذلك الحدود الداخلية للدولة (إقليمها الجغرافي)، وتنتزع منه بذلك صفة الشخص المحلي سواء أكان خاصاً أم عاماً.

وفي قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص والذي يعالج طائفة واسعة من العقود الإدارية من بينها تلك التي يكون الطرف الآخر فيها مستثمرا أجنبيا (العقود الإدارية الدولية) تحدث المشرع الأردني في المادة الثانية من القانون عن الجهة الإدارية التي يمكن أن تكون طرفا في العقد بأنها (أي وزارة، أو دائرة، أو مؤسسة رسمية عامة، أو مؤسسة عامة، أو هيئة، أو مجلس، أو سلطة، أو بلدية أو شركة مملوكة بالكامل للحكومة أو التي تساهم فيها بنسبة لا تقل عن (50%)، وحدد أطراف هذه العقود ب(الجهة الحكومية والجهة المتعاقدة معها)، كما عرف العقد المبرم بينهما بأنه "اتفاق الشراكة الذي يبرم بين الجهة الحكومية، وأي من جهات القطاع الخاص، والذي تحدد فيه الشروط والأحكام والإجراءات وحقوق والتزامات الطرفين وفقا لأحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه".

ويعرف القانون الفرنسي في المادة الثانية من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقد الشراكة العمومية الخاصة على أنها: "عقود إدارية تعهد من خلالها الدولة أو مؤسسة عمومية

(1) الطماوي، سليمان، (1984)، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، القاهرة، مطبعة عين شمس ط4، ص 55.
(2) المواجدة، مراد، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 48.

تابعة لها إلى طرف خارجي لفترة معينة تبعاً لمدة الاستثمارات أو لآليات التمويل المختارة، بتنفيذ مهمة شاملة تتعلق بتمويل استثمارات غير مادية، منشآت أو تجهيزات ضرورية للمرفق العمومي من أجل تشييد أو تحويل منشآت أو تجهيزات، وكذلك من أجل صيانتها أواستغلالها أو تسييرها وإن وجدت، من أجل الخدمات الأخرى التي تساهم في ضمان تسهيل مهمة المرفق العمومي التي تقع على عاتقها"[1].

يلاحظ مما سبق أن المشرع الفرنسي أضفى على العقد الصفة الإدارية في مطلع النص السابق، ثم أوضح أطراف هذا العقد والمحل الذي ينطوي عليه، أما المشرع الأردني فقد بين أطراف العقد ومفهومه الذي يستدل من خلاله على أنه عقد إداري لا محالة، ليس بالنظر لأطرافه فقط، بل بالاستناد للمحل الذي يقوم عليه، وهذا ما يؤكد انطباق العنصر الثاني من عناصر العقد الإداري على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتي يعد العقد الإداري الدولي الاستثماري أحد أهم طوائفها، والذي يعد جوهر مثل هذه العقود وأساس قيامها وهو.

ثانيا: اتصال العقد بمرفق عام

ومفاد هذا الشرط أن يتصل العقد بتسيير مرفق عام، أو ما يطلق عليه وفقاً للاصطلاح الفرنسي ل (public le servic)، ويستوي في ذلك أن يأتي العقد الإداري لإنشاء، أو تنظيم، أو تسيير هذا المرفق، والذي ينصب محل العقد عليه، وهو ما يمثل بدوره نقطة الارتكاز فيه.

وقد عرف الفقيه الفرنسي (DUGUIT) ديكي المرفق العام حسب مدلوله المادي الموضوعي، الذي يهتم بالنشاط الذي يقوم به المرفق العام بقوله: (إنّ المرفق العام كل نشاط ينبغي على الحكام أن يضمنوا قيامه، وتنظيمه، ومراقبته، لأن هذا النظام ضروري لمبدأ التضامن الاجتماعي، ولأن طبيعته لا تساعد على تحققه دون تدخل السلطة العامة، أما (MOREAU) مورو فعلى العكس تماما أخذ بوجهة النظر العضوية، إذ عرف المرفق العام بأنه، مجموعة

---

(1) عمراني، فيصل (2011)، عقود الشراكة العمومية الخاصة - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة جامعة الجزائر، الجزائر، ص29.

وقد ورد هذا التعريف في المادة الأولى من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسي :Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

“Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital”.

الوسائل المادية والبشرية التي يؤدي بواسطتها الشخص الإداري مهامه، وكان هذا ذات توجه الفقيه (HAURIOU) هوريو.[1]

وهذا العنصر(اتصال العقد بمرفق عام) ينطبق على العقود الإدارية الدولية بطابعها الاستثماري، والتي تندرج ضمن طائفة عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فقد أوضحت المادة الثالثة من قانون الشراكة بين القطاعيين العام والخاص، أهداف مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأربعة محاور؛ أولها: إنشاء البنية التحتية العامة وإعادة تأهيليها وتشغيلها وصيانتها، وثانيها: تشجيع القطاع الخاص للدخول بمشاريع الشراكة الاستثمارية من الجهة الحكومية، وثالثها: إيجاد التمويل اللازم لدعم المشاريع الحكومية ذات الجدوى، وآخرها الاستفادة من الخبرة والمعرفة الفنية والتقنية الحديثة في إنشاء المشاريع وإدارتها، وبهذا فإن الباحثة تعود لتؤكد على توافر كافة الضوابط المؤدية للاعتراف بالطبيعة الإدارية لهذه العقود في ضوء تحليل النصوص القانونية السابقة والتي أكد آخرها على ارتكاز هذا العقد على المرفق العام بشكل أو بآخر، وهو المحل الذي ينصب عليه العقد الإداري أساسا، وبه تتحقق المصلحة العامة، التي تعود على الجمهور بالنفع العام، وهذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي كذلك في نص المادة سابقة الذكر إذ أوضحت مضمون هذه العقود بقولها ((القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأشغال، والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارته، واستغلاله طوال مدة العقد المحددة)).

ثالثا: تضمين العقد شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص

إذا كنا قد اتفقنا على أن العقود الإدارية الدولية الاستثمارية هي طائفة من عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فيكفي أن نشير هنا إلى ما تضمنه قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص من نصوص تؤكد على وجود شروط استثنائية في هذا النوع من العقود، مما يؤكد بالتالي الطبيعة الإدارية لهذه العقود، ومن قبيل ذلك ما نص عليه المشرع الأردني في المادة (11) من القانون ذاته بأنه:"يجوز لأي جهة من جهات القطاع الخاص عرض فكرة مشروع الشراكة عرضاً مباشرا على أي من الجهات الحكومية وفقا للشروط التالية":

1- أن لا يكون المشروع ضمن قائمة مشاريع الشراكة قيد الدراسة لدى الجهة المتعاقدة.
2- أن تشمل فكرة المشروع ابتكارا في تصميم أو تطوير أو إدارة مشروع ما.
3- أن لا تتعارض فكرة المشروع مع برامج الحكومة التنموية.
4- أن يشكل العرض مشروعا اقتصاديا جديدا لتقديم خدمة عامة.
5- أن يكون العرض منسجما مع أولويات الجهة المتعاقدة.

(1) الجبوري، ماهر، (2017)، القانون الإداري، بغداد، مطبعة الذاكرة، ط1، ص137.

6- لا يجوز أن تستفيد مشاريع الشراكة التي تتم بناء على عرض مباشر من الضمانات والمساعدات أو الأشكال الأخرى للدعم الحكومي.

وفي التشريع الفرنسي نصت المادة (12) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه: "عندما يعهد كل أو جزء من تصاميم الهياكل والمعدات والموجودات إلى الطرف الآخر تطبق الأحكام التالية:

1- تدرج الجهة العامة المتعاقدة من بين الشروط، شرط يتضمن تحديد إدارة مشروع عمل الفريق المسؤول عن تصميم الهياكل والمعدات والموجودات ومراقبة تنفيذها.

2- تقديم العروض الهامة لتصاميم مشروع البناء.

3- وهناك معايير تختار من خلالها الجهة العامة المتعاقد معها،تشمل الجودة في تقديم الأعمال والمعدات والموجودات، فعندما يعهد شخص عام لطرف آخر القيام بجزء من تصميم الأعمال، فإنه يتطلع إلى ذات الشروط المطلوبة في المشروعات العامة من إتقان العمل وأن يقدم فريق إدارة المشروع التصميم المطلوب.[1]

وهذه الشروط تؤكد بوضوح على الطبيعة الإدارية لهذه العقود، إذ لا يتصور وجود شروط مماثلة لها في عقود القانون الخاص، وقد أشار الفقه الإداري منذ زمن بعيد إلى أمثلة للشروط الاستثنائية، وغير المألوفة في العقود الإدارية ومن بينها سلطة الإدارة في تعديل العقد من طرف واحد، وسلطتها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وسلطتها في فرض جزاءات على المتعاقد معها إلخ.

---

(1)Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Article 12.
Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels est confiée au cocontractant, les dispositions suivantes sont applicables:
a) Parmi les conditions d'exécution du contrat retenues par la personne publique contractante figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'oeuvre chargée de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels et du suivi de leur réalisation ;
b) Les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural;
c) Parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels.
Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie de la conception des ouvrages, elle peut elle-même, par dérogation à la définition de la mission de base figurant au quatrième alinéa de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, faire appel à une équipe de maîtrise d'oeuvre pour la partie de la conception qu'elle assume.

وتجدرالإشارة هنا إلى أن العبرة ليست في عدد هذه الشروط بعقد ما، ويكفي أن يتضمن العقد شرطاً واحداً يضفي عليه الصفة الإدارية[1]، وبهذا فإذا كان شرط واحد يكفي لإضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود، فهل يثور الشك في ظل ما تضمنته المادة القانونية التي حسمت وجود طائفة من هذه الشروط في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بنزع هذه الصفة عنها ؟

المطلب الثاني: أركان العقود الإدارية الدولية الاستثمارية

كما هو الحال في العقود بشكل عام فإن أركان العقد الإداري الدولي الاستثماري تتلخص في تراضي الطرفين، ومحل العقد، وسبب العقد، وهو ما سنتحدث عنه في (الفرع الأول)، أما الفرع الثاني فسنخصصه للحديث في (أهمية الكتابة) بشكل خاص بالنسبة لهذا النوع من العقود.

الفرع الأول: الأركان العامة للعقد الإداري الدولي الاستثماري

أولاً: التراضي:

يلزم في كل العقود وجود التراضي بين أطراف العملية العقدية لتمام إبرامها، كما يجب أن يكون التراضي صحيحاً خالياً من عيب يشوبه فينقض صحة وجوده، ويعتبر ركن التراضي العنصر الجوهري في العقد؛ وهو "امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته، بحيث يضفي إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه"[2].

فالتعبير عن الإرادة لا يكفي وحده لانعقاد العقد، إذ يجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني لتكوين العقد، وعليه يجب أن يكون الإيجاب واضحاً، والوضوح لا يمكن أن يتم بالسكوت وهذا أمرٌ بدهي حيث لا يترتب على العدم أثر، فالإيجاب هو التعبير الأول الذي يجب أن يحتوي على العناصر الجوهرية التي أراد بها الموجب إبرام العقد، ولكي يكون واضحاً يجب أن يكون موجهاً إلى شخص معين، أو عدة أشخاص، أو إلى الجمهور، وهو بذلك يحقق المقصد الذي وجد

لأجله، إضافةً إلى ضرورة صيرورته ملزماً أي أن يكون مجرد قبوله، من قِبَل من وجه إليه كافياً لانعقاد العقد، أما القبول؛ وهو التعبير الثاني الضروري لإنشاء العقد وتمامه فيجب أن يصدر، ولا زال الإيجاب قائماً وهو ما يسمى (اتحاد مجلس العقد)[3].

---

(1) الجبوري، ماهر، (2012)، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق ذكره، ص 423.

(2) مشار إليه لدى الحكيم، عبد المجيد (1993)، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، ط1 ص135.

(3) هذا ما أكدته المادة (96) من القانون المدني الأردني بالقول (المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الايجاب وقبل القبول، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك) ويلاحظ بأن هذه المادة مقتبسة من مجلة الأحكام العدلية علماً بأن المجلة تعرف مجلس العقد بأنه:" الاجماع الواقع لعقده".

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأهلية المطلوبة في مثل هذا النوع من العقود لا تتساوى مع غيرها في العقود العادية الأخرى، مما يوجب توافر الأهلية الكاملة في الأشخاص الطبيعيين الممثلين للجهات الإدارية بالقطاع العام في الدولة، أي من تعتمدهم الأخيرة لإبرام عقد الاستثمار أي تمتعهم بمستوى عال من الكفاءة والخبرة والدرجات العلمية والعملية، والتي قد لا تتوافر في الطرف الثاني من العملية العقدية ممن يمثل الجهة الأجنبية خاصةً إذا ما كان شخصاً طبيعياً يقدم موارده لإدارة مرفق عام في دولة ما، والوضع مختلف تماماً إذا ما تم إبرام العقد بين دول كما هو الحال في عقود الإنشاءات الدولية.

من هنا وكأصل عام في العقود فلا بد من توافر كل من أهلية الوجوب والأداء والتي تبدأ أولها بتمام ولادة الإنسان حياً، وتنتهي بموته، وأهلية الأداء التي يصبح معها الشخص صالحاً لاستعمال حقوقه وتلقي الالتزامات دون أن تعتريها أي من عوارض حرية الإرادة، أو الاختيار كالعته أو الجنون، أو السفه، او الغفلة والتي تؤدي لانعدام الأهلية أو نقصانها، إلا أن معيار الأهلية المطلوبة في عقود الدولة الدولية بطابعها الاستثماري تختلف تبعاً لأطرافها، كما أشرنا فيما سبق وفي جميع الأحوال والظروف، فلا بد من توافر قائمة من المواصفات والمؤهلات العلمية في الشخص الطبيعي الذي يتم اعتماده كممثل لحكومات الدول وفق أسس متبعة في حكومة كل دولة وبهذا ينعدم الفرض الذي قد يتصور معه وجود إحدى العوارض سابقة الذكر في من يعمل على إنشاء وإبرام هذه العقود – والأمر سيان بينهما- ولذلك يشترط لصحة التراضي أن تكون إرادة طرفي العقد سليمة من العيوب التي تطرأ عليها فتضللها كالتغرير، والغبن، والغلط، أو تحرفها عن مسارها جبراً كما هو الحال في الإكراه.

ولا يكفي لانعقاد العقد صحيحاً توافق إرادة أطرافه بشكل مجرد؛ لأن المتعاقدين عندما يريدان شيئاً محدداً فإنه يجب أن يكون له غرضٌ محدد، والبحث عما يريده المتعاقدان يعني تحديد محل العقد أما معرفة لماذا يريدانه فيعني تحديد سبب العقد.

وبالاستناد إلى مبدأ الرضائية في العقود، وعلى أساس تغليب مبدأ سلطان الإرادة الذي أخذ به القانون المدني، فإن لأطراف العقد الحق أيضاً بأن يحددوا محتوى هذا العقد بما يحقق مصالحهم القصوى، على أن لا تتعارض مصلحتهم الخاصة مع المصلحة العامة بما لها من متطلبات.

وعليه؛ لا يمكن للعقد أن يبرم إلا إذا استجاب محتواه لمجموعة من الشرائط كتعيين محله ووجود سبب له، كل هذا وذاك لم يتطلبه المشرّع إلا لحماية أطراف العقد بشكل أساسي وباشتراطه لمشروعية كل من المحل والسبب، صيانة المصلحة العامة، والتي ترتكز على إنشاء

أو تسيير، أو إدارة مرفق عام، ولهذا فإن أساس الوجود القانوني لعقود الدولة الإدارية الاستثمارية هو هذا المرفق مما يضفي عليها طابعاً خاصاً لأركان تكوينها، نظرا لارتباطه بمحل على درجة عالية من الأهمية ألا وهو (المرفق العام)، فلا بد من تحديده وحمايته بحذر لا يتصور وجوده في طوائف العقود الأخرى كما أن الباعث منه، على درجة من الخطورة التي يفترض فيها عدم التهاون مثقال ذرة، ألا وهي المصلحة العامة.

وفي قانون الشراكة بين القطاعين الخاص والعام أشار المشرع الأردني لدى إيضاحه مفهوم هذا العقد في المادة الثانية منه بقوله: (اتفاق الشراكة)، ويظل الرضى الصحيح مطلوبا وقائما حتى في مرحلة الاتفاق على طريقة حل النزاع والجهة المختصة بنظره وهذا ما أكدت عليه المادة (16) من ذات القانون لدى إيرادها عبارة (ويجوز أن يتم الاتفاق على تسوية النزاعات المتعلقة بعقود مشاريع الشراكة بالوسائل البديلة لتسوية النزاعات وفقا لاتفاق الطرفين في عقد الشراكة).

بقي أن نشير إلى أنه وفي حالة إحالة النزاع للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فإن التراضي يعد نقطة الارتكاز التي يبنى عليها انعقاد الاختصاص تحت مظلة هذا المركز، ووصف جانب من الفقه تراضي الأطراف؛ الخضوع لاختصاص المركز بأنه العمود الفقري لهذا الاتفاق[1].

ثانياً: المحل

يجب أن يكون محل العقد ممكناً، كما يلزم أن يكون موجوداً ومعيناً أو قابلاً للتعيين ويضاف إلى ذلك قابليته لحكم العقد أو التعامل فيه، والمحل في عقود الإدارة الدولية هو تصرف قانوني من شأنه إنشاء، أو إدارة، أو تسيير مرفق عام وبهذا فإن وجود المرفق العام في هذا العقد أساس لقيامه وصحته.

وفكرة المرفق العام فكرة ابتدعها الفقه الفرنسي، والذي أكد على أن الدولة هي مجموعة من المرافق العامة التي تهدف لإشباع حاجات المواطنين العامة، واعتبر الفقه الفرنسي أن القانون الإداري هو قانون المرافق العامة، وظل الحال على ما هو عليه حتى تغير دور الدولة من دولة حارسة إلى دور مباشرة مهام اقتصادية مما أوجد عدم اتفاق فقهي حول هذا الدور، مما حدا جانب من الفقه إلى عدم التوسع في مدلول المرفق العام حتى لا يختلط بقواعد القانون الخاص، وإننا نؤيد ما طرحه جانب من الفقه أشار إلى أن أساس القانون الإداري يرجع لفكرة المرفق العام، ومن أن

---

(1) حزبون، جورج (1988)، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد الرابع، والخامس والسادس، ص 535.

نظريات القانون الإداري الأساسية تدور حول تمكين الإدارة من تنظيم مرافقها العامة وتسييرها بانتظام، ودوام لتقديم الخدمات الأساسية سعياً نحو إشباع الحاجات العامة[1].

كما أشار جانب من الفقه الفرنسي (يمثله الأستاذ (chapus) شابو) إلى أن أساس نظرية العقد الإداري تكمن في "تعامل المتعاقد مع الإدارة بصفته أكثر من مجرد متعاقد كما هو شأن متعاقدي العقد الخاص، وبما يجعله في مركز مميز كون أنه يساعد الإدارة في تسيير المرفق العام، ويعمل -كما هو واجب الإدارة- على ضمان سيره بانتظام واطراد"[2].

فلا يكفي أن يكون المحل ممكناً أو قابلاً للتعيين، بل لا بد أن يكون معيناً وموجوداً حكماً ولا مجال للحديث عن ما هو ممكن التعيين إذا ما كان المحل يتضمن مرفقاً عاماً إلا بما يتصل بإنشاء هذا المرفق، ويشترط بذلك أن يكون قابلا للتعيين للحد الذي لا ينتج عنه إبهام، فالإبهام في تحديد المحل في هذه العقود على وجه الخصوص مؤداه انعدام الوجود القانوني للعقد وذلك بالنظر لحساسية وخطورة ودقة الآثار المترتبة عليه بشكلٍ أو بآخر.

ثالثاً: السبب

يقصد بركن السبب في هذا المجال الباعث الحقيقي لإبرام العقد الإداري الدولي وهو إنشاء المحل الذي يقوم عليه هذا العقد، أو تسييره، أو خدمته في سبيل تحقيق المصلحة والمنفعة العامة مما يدفعنا للقول وبحكم الضرورة أن المشروعية في هذا العقد مفترضة بحكم أساس وجوده؛ لأن كل ما يطلق عليه مصلحة عامة لا بد وأن يكون مشروعاً لا العكس، ولا مجال للحديث عن عقد إداري دولي يخدم في باطنه باعث غير مشروع، وإلا كنا أمام انعدام العقد في أصله وذاته، وهذا ما دفع جانب من الفقه للقول بأنه: " يمكن الاستناد إلى هذا التعريف، لتحديد العوامل التي تدفع الدولة والطرف الأجنبي إلى إبرام هذه العقود، غير أن في إظهار هذه العوامل ما يؤكد ذاتية تلك العقود." [3]

وقد أشار المشرع الأردني في المادة الثالثة من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص لهذا الركن بقوله:"تهدف مشاريع الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى ما يلي:

1- إنشاء البنية التحتية العامة وإعادة تأهيلها وتشغيلها وصيانتها.

2- تشجيع القطاع الخاص للدخول بمشاريع الشراكة الاستثمارية مع الجهة الحكومية.

---

(1) الجبوري، ماهر، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ذكره، ص 60-65.

(2) الجبوري، ماهر، (2016)، بحث بعنوان أثر طريقة حل منازعات العقد الإداري في ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار، عمان، الجامعة الأردنية، دراسات عدد علوم الشريعة والقانون، ص 15.

(3) الحداد، حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 171.

3- إيجاد التمويل اللازم لدعم مشاريع الجهة الحكومية ذات الجدوى.

4- الإفادة من الخبرة والمعرفة الفنية والتقنية الحديثة في إنشاء المشاريع وإدارتها".

وبالاستناد للمادة (11) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسي لسنة (2004)، فإن الأهداف التي تسعى الدولة أو إحدى مؤسساتها إلى تحقيقها من خلال إبرامها لعقود الشراكة مع طرف آخر تتمثل في:

1- وجوب أن يدرج الطرف الثاني في العقد نوعية الخدمات التي سيقدمها، وبأن تتوافق النتيجة مع الأهداف من خلال تمويل الاستثمارات اللامادية والمنشآت والتجهيزات الضرورية للمرفق العام.

2- بناء وتمويل المنشآت والتجهيزات.

3- تعهد وصيانة واستغلال المنشآت أو التجهيزات أو التصرف فيها.[1]

وتشير الدراسات إلى أن مجلس الدولة الفرنسي حقق أهدافه المرجوة من خلال هذا القانون إذ ساهم في تطوير الخدمات الصحية والاجتماعية وبناء المستشفيات، وهو ما يثبت نجاح التجربة الفرنسية في إرساء نموذج حقيقي للشراكة بين القطاعين العام والخاص،مما أدى لخلق ثقافة إدارية ناجحة للشراكة في شتى المجالات التي تخدم المرفق العام، وتوظيفها لخدمة المواطن والمصلحة العامة.[2]

الفرع الثاني: أهمية الكتابة في العقد الإداري الدولي الاستثماري

تعد العقود الإدارية الدولية الاستثمارية من العقود الرضائية في الأصل، والتي تنعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين أطرافها بشرط توافر الأهلية اللازمة لذلك في كل منهما، طالما كان للعقد سبب صحيح ومشروع وورد على محل ممكن ومشروع أيضاً، ويتعين تبعاً لذلك إبراز أهمية الكتابة في هذا النوع من العقود، وبيان فيما إذا كانت ترقى لمرتبة الركن المستقل الذي يضاف إلى الأركان التي سبق الحديث عنها.

---

(2) Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Article 11
Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives:…………
b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ;
c) Aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ;

(1) المدرسة الوطنية للإدارة، معهد تنمية قدرات كبار الموظفين، مرجع سابق ذكره، ص 83.

لم يرد نص في التشريعات ذات العلاقة - في حدود ما تعلم الباحثة - على لزوم الكتابة في هذا النوع من العقود، ولم يتعرض القضاء الإداري الأردني لهذه المسألة، وهذا أمر طبيعي بحكم عدم اختصاصه بالفصل في منازعات العقود الإدارية كما أشرنا إلى ذلك سابقاً، كما أننا لم نجد أحكاماً قضائية تعالج هذه المسألة في القضاء العادي المختص لغاية الآن بالفصل في منازعات العقود الإدارية.

وفي فرنسا استقر الفقه والقضاء الإداريين هناك على لزوم أن يكون العقد الإداري مكتوباً بالنظر إلى الاختلاف بين العقود الإدارية والعقود المدنية، فالعقود الإدارية تختلف اختلافاً واضحاً - خاصة فيما يتعلق بامتيازات السلطة العامة - عن أحكام وقواعد القانون الخاص المقابلة، سواء فيما يتعلق بتكوين العقد أو آثاره [1]

وما يؤكد على أهمية الكتابة وارتقائها باعتقادنا لمرتبة الركن الرابع المستقل الذي يبطل العقد الإداري الدولي الاستثماري في حالة عدم مراعاتها كإجراء شكلي، نذكر هنا بأن أحد أهم عناصر العقد الإداري وهي إيراد الشروط الاستثنائية، أو غير المألوفة والتي تقتضي غالباً فكرة الكتابة،[2] وتعني عبارة (clause exorbitante du droit) أي الشروط الباهظة في القانون "الشروط المدرجة في العقود الإدارية والتي تنطوي على وصفٍ باهظ في القانون العام، يؤهل العقد ليكون إدارياً". [3]

فوجود شرط أو شروط غير مألوفة يعني باعتقادنا أن تكون شروطا مكتوبة، وكتابة مثل هذه الشروط يعني أن يكون العقد مكتوباً أساساً، ونحن هنا نؤكد وجوب إيرادها في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية على وجه الخصوص، فرغم انطواء كافة العقود الإدارية على محل واحد هو المرفق العام، لا بد من استذكار القيمة القانونية لتلك العقود الدولية بالمقارنة مع الداخلية، بالنظر للطرف الثاني الذي يبرم العملية العقدية مع الدولة والذي هو مستثمر أجنبي بالضرورة، فنحن وإن طالبنا بعدم التشدد في فرض شروط صارمة على هذه العقود، لما لها من فوائد جمة تعود على الحكومة وجمهور المنتفعين في آن واحد، والذي بررنا بالاستناد إليه إمكانية اعتماد اتفاق التحكيم كوسيلة رضائية يحال من خلالها أي نزاع يتعلق بالعقد أو ينشأ عنه مستقبلا لهذا النظام، فإن هذا لا يعني أخذ الأمر على إطلاقه دون ضوابط تحكم سير هذه العملية، وتحقق الموازنة بين صلاحيات الإدارة في التعاقد وحقوق المتعاقد معها.

---

(1) الحلو، ماجد، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سابق ذكره، ص 26.

(3) المرجع ذاته، ص 64.

(3)DALLOZ.LEXIQUE DES TERMES JURIDIQUES -2016- 2017, imprimé en Italie par L.E.G.O.S.P.A)"Stipulation insérée dans un contrat passé par l'Administration et dont le caractère exorbitant du droit privé entraine la qualification administrative de ce contrat".

الفصل الثاني

إجراءات التحكيم وأثارها في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية

بالنظر إلى كون الإدارة طرفا في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، ولارتباط هذه العقود بالمصلحة العامة وتسيير المرافق العامة، فإن المنازعات الناشئة عنها تحكمها قواعد ومبادىء القانون العام، إلا أن ذلك لا يعني عدم تطبيق قواعد القانون الخاص عليها متى كانت متلائمة مع طبيعة هذه المنازعات.

وإذا كان التحكيم من أهم الوسائل الرضائية في حسم المنازعات التي تنشأ عن عقود القانون الخاص، فلا شيء يمنع من اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري كما أشرنا سابقاً، ومهما كان نظام التحكيم مرناً في حسم تلك المنازعات، إلا أنه لا يقل أهمية من حيث الإجراءات والحجية عن القرارات القضائية، وإن القول بأن سلطة القاضي الإداري في المنازعات الإدارية هي سلطة أوسع من سلطة القاضي العادي، لا يعني أن سلطة المحكمين وما يصدر عنهم من قرارات تحكيمية أقل أهمية فقط؛ لأن السلطة الثانية دون الأولى مبنية على اتفاق الأطراف ورضاهم.[1]

وما يميز التحكيم، باعتباره قضاء خاصاً، هو وجوب أن تكون له أصول إجرائية تتوافق مع هذه الطبيعة، مما يستبعد معه تطبيق أصول المحاكمات العادية التي لا تتلاءم وهذا النظام مع الأخذ بعين الاعتبار المبادئ الأساسية في التقاضي، والتي تعد من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته بأي حال من الأحوال[2]، وبصدور حكم التحكيم مستوفياً لشروطه الصحيحة تترتب عليه آثار عديدة بالنسبة لهيئة التحكيم وأطراف الخصومة، بحيث يحوز من خلالها هذا الحكم على حجية الأمر المقضي به، والذي ينسحب بدوره ليشمل الغير.

ونظرا لأهمية إجراءات التحكيم وأثارها كوسيلة لحسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية الاستثمارية، فقد خصصنا هذا الفصل لمعالجة القواعد القانونية المنظمة لإجراءات التحكيم (المبحث الأول)، بينما نتناول في المبحث الثاني آثار حكم التحكيم على العقود الإدارية الدولية الاستثمارية (المبحث الثاني).

---

(1) المحروقي، شادية، (2005)، الإجراءات في الدعوى الإدارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ط1 ص65.

(2) خليل، أحمد، (2003)، قواعد التحكيم (دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي)، مرجع سابق ذكره، ص 90.

المبحث الأول

القواعد القانونية المنظمة لإجراءات التحكيم

نظراً لغموض إجراءات التقاضي، والتي غالباً ما تكون غير مألوفة للمستثمر الأجنبي الذي قد لا يُلم بالقوانين الوطنية، وخاصة في ظل تعدد الأنظمة القضائية والقانونية حول العالم الأمر الذي قد يتسبب في ضياع الوقت، وربما ضياع الفرصة في اللجوء للمحكمة المختصة بدعواه، ناهيك عن بطء الإجراءات وطولها والتي تتعارض مع سرعة الفصل في مثل هذا النوع من المنازعات، بالإضافة إلى إمكانية تأثر القاضي الوطني بالاتجاهات السياسية والاقتصادية للدولة المضيفة، وما قد يحدث بين المستثمر الأجنبي والدولة من اختلاف في المراكز القانونية مما يُخشى معه عدم تحقيق المساواة بينهم أمام محاكم الدولة الوطنية[1]، لذا يظهر التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات نظراً لما يتميز به من وضوح وسرعة.

وسنعالج في هذا المبحث مسألتين خصصنا لكل منهما مطلب مستقل وهما: القواعد المنظمة لتشكيل واختصاصات هيئة التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية الاستثمارية (المطلب الأول)، والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القواعد المنظمة لتشكيل واختصاصات هيئة التحكيم

وسنتناول في هذا المطلب تكوين هيئة التحكيم (الفرع الأول)، واختصاص هيئة التحكيم (الفرع الثاني) وذلك في إطار الحديث عن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية الاستثمارية.

الفرع الأول: تكوين هيئة التحكيم

يعرف المحكم بأنه:" الشخص الذي يتولى سلطة الفصل في نزاع قائم أو أكثر وفقا لاختيار الأطراف له بناء على ثقتهم فيه"[2]، ويعرف كذلك بأنه: "شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة بينهم، وقد يتم تعينه من جانب المحكمة في الحالات المقررة إذا كان التشريع

---

(1) الأسعد، بشار (2006)، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ط1، ص 333.

(2) علي، عبد الله (2009)، حكم التحكيم، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون طبعة، ص 74.

يجيز ذلك"[1]، وقد توسع البعض في تعريف المحكم بقولهم أن المحكم هو:"الشخص الذي يعهد إليه بمقتضى الاتفاق على التحكيم، أو بمقتضى اتفاق مستقل؛ بفض نزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت معدود، وفي إصدار الحكم والتوقيع عليه"[2].

والمحكم بهذا المعنى هو قاض ولكنه قاض خاص، ولقراره حجية الأمر المقضي به وهو المحور الذي تدور حوله خصومة التحكيم، وبقدر دقة المحكم وكفاءته، تكون سلامة إجراءات التحكيم، وصحة الحكم الصادر فيه، وفي الواقع العملي؛ فإن حسن أداء المحكم لمهمته يتوقف على ما يحمله من مؤهلات وخبرات، والمحكم يعتبر المحور الأساسي الذي يتولى إدارة خصومة التحكيم، فالمحكم ليس كالقاضي رجل قانون فقط، وإنما هو رجل قانون فيما يتعلق بالقانون ورجل خبرة فيما يتعلق بالخبرات الفنية[3].

وفي حديثنا عن تكوين هيئة التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، سنشير أولا إلى إرادة الأطراف في تعيين المحكمين، ثم إلى التزام الأطراف بتعيين المحكمين.

أولا: إرادة الأطراف في تعيين المحكمين

الأصل أن يقوم أطراف التحكيم باختيار المحكمين، وقد أشار قانون التحكيم الأردني إلى هذه المسألة في المادة (14) من القانون، وإذا لم يتفقا على عدد المحكمين، كان العدد ثلاثة، وقد أوجب المشرع في الفقرة الثانية من هذه المادة أن يكون عدد المحكمين وتراً تحت طائلة اعتبار التحكيم باطلاً، ثم أورد في المادة (15) من القانون الشروط الواجب توافرها في المحكم، من حيث لزوم أن لا يكون قاصراً، أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية، أو بجنحة مخلة بالشرف، أو بسبب شهر إفلاسه ولو رد إليه اعتباره.

وفي فرنسا أحال المشرع هناك فيما يتعلق بتعيين المحكمين في إجراءات التحكيم الدولي للقواعد الواردة في التحكيم الداخلي، وأشار في المادة (1451) من قانون الإجراءات المدنية إلى وجوب أن تتألف الهيئة التحكيمية من محكم، أو محكمين يكون عددهم وتراً، وإذا نص اتفاق التحكيم على تعيين محكمين بعدد زوجي، وجب إكمال الهيئة التحكيمية، أما إذا لم يتفق الأطراف

---

(1) أبو الوفا، أحمد، (1988)، التحكيم الاختياري والإجباري، الإسكندرية، منشأة دار المعارف، دون طبعة ص 153.

(2) عبد التواب، معوض، (2009)، الموسوعة الشاملة في التحكيم، الكويت، دار مشاري للإصدارات القانونية ط1، المجلد الأول، ص 147.

(3) شعيب، مجدي، إنشاء هيئة التحكيم الإداري بين إرادة الأطراف ومعاونة القضاء، مرجع سابق ذكره ص 268.

على تعيين محكم إضافي، فإنه يتم إكمال الهيئة التحكيمية من قبل المحكمين المختارين خلال مدة شهر من قبولهم لتعيينهم، وأشار إلى صلاحية القاضي (المؤازر) في إكمال هذه الهيئة إذا تعذر إكمالها على النحو السابق، ويقصد بالقاضي المؤازر وفقاً لما ورد في نص المادة (1459) من هذا القانون رئيس محكمة البداية كأصل عام[1].

ونلاحظ في هذا الصدد بأن المشرع الفرنسي، حظر على غير الشخص الطبيعي ممارسة مهنة المحكم مع وجوب أن يتمتع بأهلية ممارسة كامل حقوقه، وأضاف في نص المادة (1450) أنه وحال عين اتفاق التحكيم شخصا معنوياً، لا يعود لهذا الأخير سوى سلطة تنظيم التحكيم، وهو نص لا نجد له نظيراً في قانون التحكيم الأردني، فبينما تناولت المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني جواز الاتفاق على التحكيم لكل من الشخص الطبيعي والاعتباري، اكتفت المادة (15) من هذا القانون بإيراد الشروط المتعلقة بأهلية المحكم وكفاءته، وهي شروط يمكن أن تنطبق على الشخص الطبيعي والمعنوي في آن واحد وخصوصاً فما يتعلق بشهر الإفلاس.

وعلى الصعيد الدولي نجد أن اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار للعام (1965)عالجت طريقة تشكيل هيئة التحكيم بالتفصيل، بحيث تلافت العقبات التي كانت تعترض تشكيل هيئات التحكيم، سواء في التحكيم العرضي الذي قد تتعرض من خلاله إجراءات التحكيم لبعض الصعوبات، خصوصاً في عقود الاستثمارات الدولية التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً متعاقداً فيها، أو في التحكيم المؤسسي المتعلق بالتحكيم الدولي[2].

فمن حيث تسمية المحكمين، أجازت الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم، إذ بينت الفقرة الثانية من المادة (37) كيفية تشكيل هيئة التحكيم بقولها: " تتكون الهيئة من شخص واحد أو من أي عدد فردي من المحكمين الذين يعينون حسب اتفاق الأطراف، وفي حالة عدم اتفاق الطرفين على عدد المحكمين وطريقة تعيينهم تتكون الهيئة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكم والثالث الذي يكون رئيسا للهيئة يعين باتفاق الأطراف".

---

(1) أنظر التفاصيل المتعلقة بنص المادة (1459) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وفقا لآخر تعديلاته لسنة (2011)، والتي كان ما جاء بها الأتي: (القاضي المؤازر صاحب الاختصاص هو رئيس المحكمة الابتدائية، ولكن إذا نص اتفاق التحكيم صراحة على ذلك يكون رئيس المحكمة التجارية مختصا بالنظر في الطلبات المقدمة سندا للمواد (1451) إلى (1454)، وفي هذه الحالة يمكنه تطبيق المادة (1455)، ويكون القاضي صاحب الاختصاص المكاني، إما قاضي المحكمة التي تم تعيينها في اتفاق التحكيم وإما (في حال عدم حصول هكذا تعيين)، قاضي المحكمة التي يقع ضمن نطاقها مقر الهيئة التحكيمية كما تم تحديده، عند خلو اتفاق التحكيم من أي نص بهذا الخصوص، يكون القاضي صاحب الاختصاص المكاني، هو قاضي المحكمة التي يقع ضمن نطاقها مكان إقامة المدعى عليه، أو أحد المدعى عليهم فيما يتعلق بالطارئ، أو قاضي المحكمة التي يقع ضمن نطاقها مكان إقامة المدعي، إذا كان المدعى عليه لا يقيم في فرنسا.

(2) حزبون، جورج، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 542-545.

وقد تركت الاتفاقية للأطراف حرية كبيرة في أسلوب اختيار المحكمين وعددهم ومصادر ترشيحهم؛ إذ يستطيعون أن يختاروا المحكمين من ضمن القوائم المعدة مسبقاً من قبل المركز أو غيرها، وإن القيدين الوحيدين على ذلك استناداً للمادتين (37) و(39) من الاتفاقية هو أن يكون عدد المحكمين وتراً، وأن تكون جنسية أغلبية المحكمين من رعايا دول أخرى غير الدولة الطرف في النزاع[1].

كما أكدت على الصفة الاتفاقية لاختيار المحكمين، ولزوم تكوينهم وتراً المادة (85) من مسودة عقد المطار المبرم بين الحكومة الأردنية وائتلاف الشركات الاستثمارية الفرنسية، إذ أوضحت بأنه: "يجوز لأي نزاع لا يمكن تسويته ودياً خلال ثلاثين يوماً من استلام طرف ما لطلب الطرف الآخر كتابياً، أن يلجأ الطرفان للتحكيم من خلال هيئة التحكيم التي تتكون من ثلاثة (3) محكمين، يطبقون قوانين المملكة، بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم، وتجري باللغة الإنجليزية في لندن بالمملكة المتحدة، ويكون أي قرار من هذا القبيل نهائياً وغير قابل للطعن وملزم للطرفين"، وتكون سلطة التعيين الغرفة التجارية الدولية لأغراض هذه الفقرة (19) غرفة التجارة الدولية وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية، بوصفها السلطة المعينة في قواعد الأونسيترال...".

وحسنا فعل المشرع الأردني في عدم اشتراطه أن يكون المحكم من جنسية معينة، وفقاً لما ورد في الفقرة الثانية من المادة (15) من قانون التحكيم، فالتحكيم هو نظام من نوع خاص، لا يشبه القضاء الوطني، حتى وإن اتحد كلاهما في النهاية بحجية ما يصدر عنهما من أحكام نهائية تحوز حجية الأمر المقضي به، وهذا النهج أخذت به قواعد الأونسيترال التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة لسنة (1985) حيث جاء في المادة (11) منها "لا يمنع أي شخص من العمل كمحكم

(1) Rehabilitation, Expansion and Operation Agreement -Relating to- Queen Alia International Airport –Between- The Hashemite Kingdom of Jordan, Acting by and through its Executive Privatization Commission –and- (investor), Third Draft: 25/2/2007, PP 85
19.2 (any Dispute which cannot be settled amicably withinthirty (30) days after receipt by one Party of the other Party's written request to do so may besubmitted by either Party to arbitration before an arbitral tribunal consisting of three (3)arbitrators applying the laws of the Kingdom under the UNCITRAL Arbitration Rules then ineffect and conducted in the English language in London, England. The decision of any sucharbitral tribunal shall be final, unappealable and binding on the Parties. The appointing authorityshall be the International Chamber of Commerce (for the purposes of this Clause 19, the "ICC")in accordance with the rules of the ICC as the appointing authority in UNCITRAL or other adhoc arbitration proceedings then in effect).

بسبب جنسيته مالم يتفق الطرفان على غير ذلك"[1]، غير أن قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام (2010) لم تشر لهذا النص، وتركت أحكام تشكيل هيئة التحكيم دون هذا الاستثناء، إذ لم تورد ما يتعلق بجنسية المحكمين من ضمنها.

وبالعودة إلى اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، نجد أن المادة(14) منها تضمنت الشروط الواجب توافرها في المحكمين وعلى النحو التالي: "1-يجب أن يكون الأشخاص الذين يعينون بالقوائم من ذوي الأخلاق العالية، والكفاءة المعتبرة في ميادين القانون أو التجارة أو الصناعة، أو المال، ويمكن الاعتماد عليهم لممارسة حكم مستقل، وتكون للكفاءة في مجال القانون أهمية خاصة، بالنسبة للأشخاص الذين يعينون بالقائمة أو المحكمين بقائمة المحكمين، 2- يراعي الرئيس فضلا عن اختيار من يعينهم بالقوائم، أهمية ضمان تمثيل النظم القانونية الرئيسية في العالم، وكذلك الأشكال الهامة المختلفة للنشاط الاقتصادي".

كما أوجبت قواعد الأونسيترال وفقاً لصيغتها المنقحة الجديدة لسنة (2010)، في المادة السادسة منها أن: " تراعي سلطة التعيين الاعتبارات التي يرجح أن تكفل تعيين محكم مستقل ومحايد"، وشددت هذه القواعد على المسائل التي تتعلق بنزاهة المحكم في المادة (11) بقولها: "عند مفاتحة شخص ما بشأن احتمالية تعيينه محكما، يفصح ذلك الشخص، عن أي ظروف يحتمل أن تثير شكوكا لها ما يبررها بشأن حياده، واستقلاليته، ويفصح المحكم، منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، للأطراف ولسائر المحكمين دون إبطاء، عن أي ظروف من هذا القبيل ما لم يكن أعلمهم بهذا من قبل"[2]، مما يعني أن يكون المحكم، محايدا ومستقلا، وأن لا يكون له صلة أو مصلحة بينه وبين أحد الخصوم، تكون خفية على الخصم الآخر، وألا تقوم ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته، أو استقلاله[3]، وهذا يشابه جزئياً ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (17) من قانون التحكيم الأردني والتي جاء فيها: " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً حول حيدته واستقلاله ".

وينبغي التنويه أخيراً، إلى أن عنصر كفاءة المحكم وتخصصه على قدر كبير من الأهمية كونها عناصر محل اعتبار شخصي، بحيث أن تخلفها يمكن أن يبطل تشكيل هيئة التحكيم، حتى إن القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام

(1) قواعد الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة (1985)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

(2) قواعد الأونسيترال للتحكيم (بصيغتها المنقحة في عام (2010)، الأمم الامتحدة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي منشورات قسم اللغة الإنكليزية والمنشورات والمكتبة، مكتب الامم المتحدة، فيينا.

(3) شعيب، مجدي، إنشاء هيئة التحكيم الإداري بين إرادة الأطراف ومعاونة القضاء، مرجع سابق ذكره ص278.

(1985)، قد جعل عدم توافر الكفاءة في المحكم، سببا لرده، حيث نصت المادة (2/12) على أنه "يجوز رد المحكم إذا لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان"، وهذا ما حدى بالفقه لنعت هذا العنصر بأنه "محل اعتبار شخصي لا ترفاً إجرائيا"[1].

ثانيا: الالتزام بتعيين المحكمين

كأصل عام، يجب أن يكون اختيار المحكمين متزامنا مع الاتفاق على الشروع بإجراءات التحكيم، على أن يتضمن هذا الاتفاق اسم المحكم الذي اختاره الخصوم، ومن الممكن أن تحدث مماطلة من أحد أطراف التحكيم في اختيار مُحكمه بهدف تعطيل إجراءات التحكيم لذلك ذهبت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى وضع نصوص مناسبة لتجنب هذا الفرض وذلك من خلال تحديد هيئة قضائية أو إدارية تقوم بتعيين المحكم بدلاً من الطرف الذي تأخر، أو امتنع عن تعيين محكمه، وعلى سبيل المثال تنص المادة (2/16) من قانون التحكيم الأردني على أنه: " وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما ويتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الثالث، فاذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناءً على طلب أي من الطرفين وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي عينته المحكمة "[2].

واشترط المشرع الأردني في ذات المادة أن تراعي المحكمة الشروط الواجب توافرها في المحكم الذي ستختاره، وفقا لما يتطلبه هذا القانون ولما اتفق عليه الطرفان، على أن تصدر قرارها هذا بالسرعة الممكنة، وحصن المشرع هذا القرار في ختام هذه الفقرة منعاً لإطالة إجراءات التحكيم بقوله: "ولا يكون هذا القرار قابلا للطعن فيه بأي من طرق الطعن".

---

(1) سلامة، أحمد (2006)، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية والمدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية، القاهرة، دار النهضة العربية، الجزء الأول، ط1، ص388.

(2) أنظر بهذا الخصوص قرار محكمة التمييز الاردنية الموقرة رقم (2016/2672) الصادر عنها بتاريخ 2016/11/1 (من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية): "لما كان تشكيل هيئة التحكيم تم وفقاً لأحكام المادة (16) من قانون التحكيم وبناءً على الطلب رقم (2012/507) المقدم لدى محكمة استئناف عمان والذي طلبا بموجبه تعيين المحكم الدكتور محمود الرشدان من قبلهما وقررت المحكمة تعيين المحكم المحامي محمد السعدي عن المستدعى ضدها (المطعون ضدها في الطلب الماثل) ومن ثم قام المحكمان المحاميان محمود الرشدان ومحمد السعدي بتعيين المحكم الثالث، وبما أن وكيل الطاعنين أبدى لدى هيئة التحكيم أنه لا اعتراض لديه أو تحفظ على تشكيل هيئة التحكيم (جلسة 2013/9/2 لدى هيئة التحكيم) مما يغدو معه الادعاء بأن تشكيل هيئة التحكيم تم خلافاً لإرادة الطاعنين لا يتفق مع الآلية التي تم بها تشكيل هيئة التحكيم وما صدر عن وكيلهما من أقوال بهذا الخصوص".

وفي المادة رقم (1452) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، أناط المشرع مهمة تعيين المحكم أو المحكمين حال عدم اتفاق الأطراف على تعيينهم، إما من قبل الشخص المناط به تنظيم التحكيم، أو من قبل القاضي المؤازر (رئيس محكمة البداية) إذا لم يكن تنظيم التحكيم مناطا بشخص معين، وتمتد صلاحية كل منهما لاختيار المحكمين فيما إذا لم يختر أحد الأطراف محكماً خلال مهلة شهر ابتداء من تاريخ تلقيه طلباً صادراً من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، خلال مهلة شهر تحسب من تاريخ قبولهما بتعيينهما، كما يقوم الشخص المناط به تنظيم التحكيم، أو القاضي المؤازر (حال عدم وجود هذا النص) بحل أي خلاف يرتبط بتشكيل هيئة التحكيم لم يتفق الأطراف على حله فيما بينهم.

وهذا الحكم ينسحب كذلك على محاولة أحد أطراف العملية التحكيمية القيام بما من شأنه مخالفة، أو تعطيل إجراءات اختيار المحكمين، أو حال عدم اتفاق المحكمين المعينين على أمر وجب الاتفاق عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عُهد إليه بهذا الشأن، إذ تتولى المحكمة المختصة في هذه الأحوال وبناء على طلب أحد الأطراف، القيام بالعمل أو بالإجراء المطلوب[1].

وتشددت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار في وجوب تعيين المحكمين على وجه من السرعة، فقد بينت المادة (38) من الاتفاقية الإجراءات الواجب اتباعها، حال عدم اتفاق الأطراف على تسمية محكميهم وفق المدة المحددة بقولها: "إذا لم يتم تكوين المحكمة خلال (90) يوماً من تاريخ الإخطار بتسجيل الدعوى المرسل من السكرتير العام طبقا للفقرة الثالثة من المادة (36)، أو في أي مهلة أخرى يوافق عليها الطرفان، يقوم الرئيس تلبية لرغبة أي من الطرفين وبعد التشاور معهما بقدر الإمكان، بتعيين المحكم، أو المحكمين، الذين لم يعينوا بعد ولا يجوز للمحكمين المعينين من قبل الرئيس طبقا لنصوص هذه المادة، أن يكونوا من بين رعايا الدول المتعاقدة التي تشكل طرفا في النزاع، أو أن يكونوا من الدول المتعاقدة، التي يكون أحد رعاياها طرفا في النزاع".

وقد تناولت قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي في المواد (8، 9، 10) ذات الأمر فقد أشارت الفقرة الأولى من المادة (8) إلى أنه:" وحال انقضاء (30) يوماً على تسلم جميع الأطراف الآخرين اقتراحاً بتعيين محكم وحيد دون أن يتوصلوا إلى اتفاق بهذا الشأن، فإن سلطة

---

(1) أنظر الفقرة (ب/16) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001)، ونشير إلى أن ما يقصد بالمحكمة المختصة هي محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في المملكة بحسب ما ورد في المادة (2/أ) من قانون التحكيم الأردني.

التعيين هي من ستتولى تعيين ذلك المحكم بناء على طلب أحد الأطراف"، أما الفقرة الثانية من ذات المادة فقد أوجبت على سلطة التعيين أن تقوم بتعيين هذا المحكم "بأسرع ما يمكن"[1].

وتجدر الإشارة إلى أن سلطة التعين، بمقتضى ما عرفته المادة (6) من قواعد الأونسيترال هي السلطة التي يختارها الأطراف، وحال عدم اتفاقهم على اختيار هذه السلطة، يجوز لأي طرف أن يقترح في أي وقت اسم مؤسسة واحدة أو أكثر، أو شخص واحد أو أكثر، كالأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي (محكمة التحكيم الدائمة) لتولي مهام سلطة التعيين.

وعلى هذا النهج سار كل من القضاء الأردني والفرنسي، ففي قرار محكمة استئناف حقوق عمان والذي يحمل الرقم (2008/83) أشارت المحكمة إلى اختصاصها بتعيين المحكم الذي لم يتم تعينه من قبل أحد الأطراف بقولها: "وحيث أن المستدعى ضدها لم تقم بتسمية محكم عنها فتكون محكمة الاستئناف هي المختصة بتعيينه، إعمالا لحكم المادة (16) من قانون التحكيم رقم

---

(1) تنص المواد (8، 9، 10) من قواعد الأونسيترال على أنه: المادة 2/8 "تُعيِّنُ سُلطَةُ التعيين المُحكَّمَ الوحيدَ بأسرع ما يمكن وتتَّبع في هذا التعيين طريقةَ القائمة التالية، ما لم يتَّفق الأطرافُ على عدم اتباع تلك الطريقة أو ما لم تُقرِّر سُلطَةُ التعيين، بما لها من صلاحية تقديرية، أنَّ اتِّباعَ طريقةِ القائمة لا يُناسبُ ظروفَ القضية أ- تُرسِلُ سُلطَةُ التعيين إلى كُلِّ واحد من الأطراف نسخاً متطابقة لقائمة تتضمّن ثلاثةَ أسماء على الأقل ب- يجوزُ لكُلِّ طرف، في غضون 15 يوماً من تاريخ تَسلُّم هذه القائمة، أن يعيدها إلى سلطة التعيين بعد شطب الاسم أو الأسماء التي يعترض عليها وترقيم الأسماء المتبقية في القائمة مُرتَّبَةً بحسب أفضليَّتها لديه ج-بعد انقضاء المدة المذكورة أعلاه، تُعيِّنُ سُلطةُ التعيين المُحكَّمَ الوحيد من بين الأسماء التي وافق عليها الأطراف في القوائم التي أُعيدت إليها ووفقاً لترتيب الأفضلية الذي بيّنه الأطراف؛ د- إذا تَعذَّرَ، لأيِّ سبب من الأسباب، تعيينُ المحكَّم باتِّباع هذه الطريقة، جاز لسلطة التعيين أن تمارس صلاحيتها التقديريةَ في تعيين المحكَّم الوحيد، (المادة 9) 1- إذا أُريد تعيينُ ثلاثة محكَّمين، فَيُعَيِّنُ كُلُّ طرف مُحكَّماً واحداً، ثم يختار المحكَّمان المُعيَّنان على هذا النحو المُحكَّمَ الثالث، الذي يتولّى رئاسة هيئةِ التحكيم.-2 إذا أَبلَغَ طرفٌ طرفاً آخر بتعيين محكَّم، ثم لم يقم هذا الأخيرُ، خلال 30 يوماً من تاريخ تسلُّمه هذا البلاغَ، بتبليغ الطرف الأول بالمحكَّم الذي عيَّنَه، جاز للطرف الأوَّل أن يطلب من سلطة التعيين أن تعيِّن المحكَّمَ الثاني.3- إذا انقضى 30 يوماً على تعيين المحكَّم الثاني دون أن يتَّفق المحكَّمان على اختيار المحكَّم الرئيس، تولَّت سلطةُ التعيين تعيينَ المحكَّم الرئيس بالطريقة نفسها المتَّبعةِ في تعيين المحكَّم الوحيد بمقتضى المادة 8. (المادة 10) 1- لأغراض الفقرة 1 من المادة 9، عندما يراد تعيينُ ثلاثة محكَّمين مع تعدُّد الأطراف سواء بصفة مدع أو مُدَّعًى عليه، وعدم اتفاق الأطراف على طريقة أخرى لتعيين المحكَّمين، يقوم الأطرافُ المتعدِّدون معا،سواء بصفة مُدَّع أو مُدَّعى عليه، بتعيين محكَّم.-2 إذا اتَّفق الأطرافُ على أن تُشكَّل هيئةُ التحكيم من عدد من المحكَّمين ليس واحدا أو ثلاثة، وجب تعيينُ هؤلاء المحكَّمين وفقا للطريقة التي يتَّفق عليها الأطراف.3- في حال عدم التمكُّن من تشكيل هيئة التحكيم بمقتضى هذه القواعد، تتولّى سلطةُ التعيين، بناءً على طلب أيِّ طرف، تشكيلَ هيئةِ التحكيم، ويجوز لها، لدى القيام بذلك، أن تُلغيَ أيَّ تعيين سبق إجراؤه وأن تعيّن كُلاًّ من المحكَّمين أو تُعيدَ تعيينَ كُلٍّ منهم، وأن تُسمِّيَ أحدَهم محكَّماً رئيساً".

(31) لسنة (2001)، على أن يقوم المحكمان المسمى من قبل المستدعية والمحكم المعين من قبل محكمة الاستئناف باختيار محكما ثالثا..."[1].

وقد تعامل القضاء الفرنسي مع الشروط التحكيمية الغامضة بخصوص تعيين هيئة التحكيم فمن المنازعات التي تداولتها غرفة التجارة الدولية في باريس، أعلن عن صلاحية اتفاق التحكيم بشأن عقد بين شركة فرنسية وشركة تونسية بخصوص إنشاء مصنع للطوب، إذ أورد الأطراف شرط التحكيم على النحو التالي: "كل المنازعات التي تنشأ في هذا العقد يتم تسويتها عبر الغرفة الدولية في لاهاي"، وهو على حالته السابقة يحيل التسوية التحكيمية إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، على الرغم من أن الألفاظ لا تشير إلى تحديد المحكمة بشكل مباشر، وفي هذا الشأن يكون اتفاق التحكيم الغامض صحيحاً من وجهة نظر القضاء التحكيمي نظراً لعدم وجود غرفة تجارة في لاهاي، فهي موجودة في باريس فقط.[2]

الفرع الثاني: مهام ووظائف هيئة التحكيم

بعد قبول المحكم لمهمة التحكيم، فإنه يتوجب عليه أن يصرح بذلك كتابة أو بأي وسيلة أخرى معتبرة، ويستوي في ذلك الأساليب التقليدية أو أساليب الاتصالات الحديثة، كالفاكس أو البريد الإلكتروني، أما إذا عزف المحكم عن قبوله المهمة، فيبقى اتفاق التحكيم قائماً لحين صدور ذلك القبول، أو قبول محكم آخر بهذه المهمة، إما بالاستناد لاتفاق الخصوم أو إذا تم تعينه من قبل المحكمة المختصة، كما يجب على هيئة التحكيم بعد تعيينها وقبول أعضائها للمهمة، أن تستمر في نظر النزاع حتى إصدارها الحكم فيه وضمن المدة المحددة قانوناً[3].

وتختلف القواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم، ولحين صدور القرار الفاصل في النزاع، باختلاف نوع التحكيم والجهة التي تضطلع به. فإذا ما انيطت مهمة

---

(1) قرار محكمة استئناف عمان رقم (2008/83) الصادر عنها بتاريخ 2008/11/10، وقرار محكمة استئناف عمان رقم (2007/45) الصادر عنها بتاريخ 2008/3/26 والذي جاء فيه":إ"ذا لم يقم المستدعى ضدهم بتسمية محكمهم من خلال جوابهم على الإنذارين وبأن المستدعية تقدمت بهذا الطلب لتعيين محكم من المستدعى ضدهم لتمنعهم عن تعيين محكمهم وبأن المستدعى ضدهم لم يقوموا بذلك من خلال اقوالهم في الطلب، لذلك وعملا بأحكام المادة (16) من قانون التحكيم، تعيين المحكم المهندس فيصل المصري محكما عن المستدعى ضدهم وعلى أن يقوم المحكمان يعقوب الفار المسمى من المستدعية والمهندس فيصل المصري باختيار المحكم الثالث خلال خمسة عشر يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما وعلى أن تباشر (هيئة التحكيم) إجراءات التحكيم لفض النزاع بين المستدعية والمستدعى ضدهم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل الهيئة، وعلى أن تراعي هيئة التحكيم قوانين وزارة الأشغال العامة والإسكان ذات العلاقة وأحكام العقد، وأن تصدر حكمها خلال المدة المحكومة في قانون التحكيم".

(2) المنايلي، هاني (2011)، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1 ص 270.

(3) حداد، حمزة (2007)، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ص 61.

التحكيم بإحدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة، فلا يكون لإرادة الخصوم دور حاسم في صياغة القواعد الإجرائية التي تنظم وتحكم إجراءات سير المنازعة، لأن اللجوء لمثل هذه المراكز يعني التماشي مع الإجراءات المقررة في لوائحها. أما في حالة التحكيم الحر والذي يضطلع أطراف النزاع فيه بتعيين هيئة التحكيم، فيكون لأطراف التحكيم دور أساسي في صياغة واختيار القواعد الإجرائية التي تحكم عملية التحكيم، وفي اختيار القانون الذي يحكم النزاع، وبغض النظر عما إذا كان هذا الاختيار صريحاً أو ضمنياً [1].

وقد منحت التشريعات المختلفة هيئة التحكيم مهلة معينة لإنهاء إجراءات التحكيم وإصدار الحكم الفاصل في الخصومة، وبالنظر لنصوص المواد القانونية التي تناولت هذه المسألة في كل من القانون الأردني والفرنسي، فإننا نرى بأن المشرع الأردني منح أطراف العملية التحكيمية مدة زمنية أكبر من تلك التي حددها المشرع الفرنسي، وإننا نؤيد موقف المشرع الفرنسي بالمقارنة مع الأردني، حيث تدارك المشرع الفرنسي عامل ضياع الوقت حفاظاً على الحكمة من اللجوء للتحكيم أساساً، بالإضافة لإضفاء الطابع الإلزامي على أطراف هذه العملية للتقييد بالنصوص القانونية المحددة منعاً للمماطلة والتسويف، وهو أمر يخشى معه اللجوء للتحكيم كوسيلة للتنصل من إصدار الحكم المنهي للخصومة.

فبالنسبة لميعاد بدء إجراءات التحكيم أوضحت المادة (26) من قانون التحكيم الأردني بأن اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم هو الموعد المحدد لبدء إجراءات التحكيم، غير أن المشرع عاد في نهاية النص ليفصح بأن هذا الأمر هو منوط بعدم اتفاق الأطراف على غير ذلك أما المشرع الفرنسي فقد أشار في المادة (1456) من قانون الإجراءات المدنية إلى وجوب أن تضع الهيئة التحكيمية يدها على النزاع، ابتداء من التاريخ الذي يوافق فيه المحكم أو المحكمون على المهمة المناطة بهم، وفي المادة ذاتها عزز المشرع الفرنسي عامل السرعة بما يتصل بالظروف التي من شأنها التأثير على استقلالية، أو حيادية المحكم، أو غيرها من الظروف المماثلة، وهي أمور يجب على المحكم الإفصاح عنها قبل قبوله بمهمته، فإذا ما حصل خلاف حول إبقاء هذا المحكم، فإنه يتحتم على الشخص المناط به تنظيم التحكيم، أو القاضي المؤازر حال عدم وجود هذا الشخص، البت في الخلاف خلال مهلة شهر من الكشف عن الواقعة الخلافية أو اكتشافها.

(1) رضوان، أبو زيد، (1981)، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي، بدون طبعة، ص87 إلى 90.

هذا وقد أشار القانون الفرنسي لنقطة بالغة الأهمية في نص المادة (1462) بقوله "يعرض النزاع على الهيئة التحكيمية، إما من قبل الأطراف بشكل مشترك، وإما من قبل الطرف الأكثر عجلة"، وهو أمر يعزز الحكمة من اللجوء للتحكيم كما نعتقد، ويمنع أحد الأطراف من التلكؤ والمماطلة في هذه العملية لأهداف قد تكون كيدية، ويضاف إلى هذا المحور الأساسي في العملية التحكيمية، وهي المهلة الممنوحة للهيئة التحكمية من أجل الفصل في النزاع، حال عدم اتفاق الأطراف على ذلك، أشارت المادة (1463) من القانون الفرنسي بأن: "مهمة الهيئة التحكيمية تكون محددة بستة أشهر، ابتداء من تاريخ وضع يدها على النزاع ويجوز تمديد هذه المهلة القانونية، من قبل القاضي المؤازر، أو باتفاق الأطراف إن كانت المهلة اتفاقية، أما المشرع الأردني فقد حدد في المادة (37) من قانون التحكيم ميعاد إصدار حكم التحكيم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكم، على أنه يجوز لهيئة التحكيم تمديدها لمدة لا تزيد على ستة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك[1].

ومن الضمانات الأساسية التي يجب على المحكم التقييد بها مبدأ المساواة، والذي يعني توفير الفرص المتكافئة والمتساوية للخصوم واحترام حقوقهم في الدفاع، وهو ما يطلق عليه أيضاً مبدأ المواجهة. وقد حرصت معظم التشريعات التحكيمية في مختلف دول العالم على احترام هذا المبدأ، كما عززته جميع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. فبينما يمنح حق الدفاع الخصوم حق استغلال المواعيد اللازمة لإعداد دفاعهم وتقديم بيناتهم، يقتضي مبدأ المساواة حق الخصوم في حضور الإجراءات أمام المحكمين من سماع الشهود ونظر النزاع بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم. ومن ناحية أخرى، لا يعني أن عدم تطبيق إجراءات التقاضي على التحكيم وإعفاء المحكم منها استبعاد هذه الإجراءات وعدم الرجوع إليها، فعلى سبيل المثال هناك قاعدة أصولية قضائية يجب على المحكم الامتثال لها وهي أن لا يقضي المحكم بعلمه الشخصي[2].

كما يجب على المحكم عدم الإخلال بالدفاع الجوهري للخصم، وهو الدفاع الذي إذا صح فإنه يغير وجهة الرأي في الدعوى مما يمكن الخصم الذي طلبه من إثبات دفاعه، أو يمكنه من نفيه

---

(1) أنظر نص المادة (37) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) والتي جاء فيها: "أ-على هيئة التحكيم اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها، خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الاحوال، يجوز ان تقرر هيئة التحكيم، تمديد هذه المدة، على ألا تزيد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. ب- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار اليه في الفقرة (أ) من هذه المادة، جاز لأي من طرفي التحكيم، أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة، أن يصدر امراً لتحديد موعد اضافي، أو أكثر، أو بإنهاء اجراءات التحكيم، فإذا صدر القرار بإنهاء تلك الاجراءات، يكون لأي من الطرفين رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها".

(2) الشرقاوي، محمود (2011)، التحكيم التجاري الدولي (دراسة قانونية مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، ص 262.

بوسيلة جائزة قانوناً ومنتجة في النزاع، وإلا وجب على المحكم الرد في حكمه على الدفاع الجوهري ولو كان محكماً مصالحاً، كما يجب تمكين الخصم الآخر من الرد على هذا الدفاع[1].

وقد أشار المشرع الأردني إلى مسألة المساواة كضمانة يتوجب على المحكم التقيد بها فقد جاء في المادة (25) من قانون التحكيم على أنه: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة، ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه"، وترى الباحثة أن هذا النص على قدر كبير من الأهمية تصل إلى حد تطويعه فيما إذا ما تمت مخالفته ليخدم نص المادة (49/أ) من ذات القانون، والتي تتعلق بأسباب الدفع ببطلان الدعوى التحكيمية، ففي الفقرة الثالثة من هذه المادة أجاز المشرع قبول دعوى بطلان حكم التحكيم إذا "تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه؛ بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته"، إذ يتضح من صياغة هذا النص إمكانية الاستناد عليه لإثبات الإخلال بمبدأ المساواة بين الخصوم، على أساس أن في ذلك مخالفة للنظام العام بسبب الإخلال بأحد مبادئ التقاضي. وقد أكد المشرع الفرنسي على ذات المبدأ في المادة (1464) من قانون الإجراءات المدنية.

وعلى الرغم أن المشرع الفرنسي أباح، في المادة (1464) المشار إليها أعلاه، للهيئة التحكيمية أن تحدد الإجراءات دون أن تكون ملزمة باتباع القواعد الموضوعة من أجل المحاكم فإنها فرضت في جميع الأحوال "تطبيق المبادئ الأساسية للدعوى، وبأن يعتمد المحكمون على السرعة، والأمانة، في تسيير إجراءات المحاكمة، كما يجب أن تخضع المحاكمة لمبدأ السرية إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك". وكل هذه هي مبادئ أساسية في المحاكمة التحكيمية المتعلقة بالتحكيم الداخلي.

وبالنسبة للتحكيم الدولي، فإننا نجد بأن المشرع الفرنسي أضاف في الفصل الأول من هذا القانون وتحت عنوان "اتفاق التحكيم الدولي - المحاكمة التحكيمية والقرار التحكيمي" نص المادة (1510) الذي كان ما جاء به الآتي: "مهما كانت الإجراءات المختارة، يتوجب على الهيئة التحكيمية تأمين المساواة بين الأطراف واحترام مبدأ الوجاهية"، وهو نص لا نجد له نظيراً في التشريع الأردني كون أنه قد ساوى بين كل أنواع التحكيم سواء الدولي أم الداخلي، ولم يمنح الأول دون الثاني خصوصية ورعاية تشريعية كما فعل المشرع الفرنسي وهو أمر يتضح من خلال نص

---

(1) مشيمش، جعفر، (2009)، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره (دراسة مقارنة)، بيروت، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ط1، ص 78.

المادة (3) من قانون التحكيم الأردني، وكنا قد أشرنا إليه في أكثر من موضع وأكدنا على ضرورة معالجته من قبل قانون التحكيم الأردني[1].

وفي المادة (17) من قواعد الأونسيترال للتحكيم الدولي يجب على هيئة التحكيم أن: "تعامل الأطراف على قدم المساواة، وأن تتيح لكل طرف، وفي مرحلة مناسبة من الإجراءات فرصة معقولة لعرض قضيته، وتسير هيئة التحكيم لدى ممارستها صلاحياتها التقديرية الإجراءات على نحو يتفادى الإبطاء والإنفاق بلا داع، ويكفل الإنصاف، والكفاءة في تسوية المنازعات بين الأطراف"، وتقضي المادة (18) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985) بوجوب: "أن يعامل الطرفان على قدم المساواة وأن يهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة لعرض قضيته".

وبالاستناد لما ورد في الفقرة الأولى من البند (د) من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة (1958)، يتضح لنا إمكانية الفريق الذي صدر قرار التحكيم ضده أن يرفض طلب الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا ما قدم إثباتاً بأنه لم يتبلغ أي إشعار بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم، أو أنه كان غير قادر على عرض قضيته وبالتالي، فإن عدم اتباع إجراءات التحكيم من قبل هيئة التحكيم، بصورة تضمن العدالة والمساواة وتحمي حق الدفاع بين الخصوم، ترتب حتماً بطلان حكم التحكيم، وعدم الاعتراف به، وهو أمر في غاية الأهمية، فحتى وإن كان موضوع الاعتراف بتنفيذ حكم التحكيم لاحقاً على صدوره، إلا أن مسألة التقيد بالقواعد الإجرائية وأسس التقاضي وقواعد العدالة الواجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم، هي أساس لصدور الحكم بصورة سليمة تحصنه من أي اعتراض ومما تجدر الإشارة إليه أنّ المملكة الأردنية الهاشمية صادقت على هذه الاتفاقية بتاريخ (1979/7/8)، مما يعني إلزامية ما ورد فيها ووجوب تطبيقها، وهو أمر سنقوم بإيضاحه لاحقاً في معرض الحديث عن القانون الواجب التطبيق[2].

بقي أن نشير إلى أن إجراءات التحكيم تبدأ بقيام أحد الطرفين بتوجيه طلب كتابي للطرف الآخر، يحدد من خلاله موضوع النزاع الذي سيعرضه على التحكيم، ويدعوه به إلى تحديد محكمه، مما جعل الفقه يصف هذه المرحلة بمثابة العجلة التي تحرك كافة إجراءات التحكيم حتى

---

(1) أنظر نص المادة (3) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001) والتي جاء فيها: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقديه".

(2) اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام(1985)،والتي صدرت الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم (6678)، تاريخ (1979/7/8) للمصادقة عليها.

صدور الحكم، وبأن قيام المدعي بإجراء يستهدف إعلان رغبته في تحريك الدعوى ما هو إلا تصرف إرادي ينشأ به التحكيم[1].

وبالرجوع إلى قانون التحكيم الأردني نجد أن المادة (26) منه قد حددت ميعاد بدء هذه الإجراءات من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك وقد منح المشرع الأطراف حرية في اختيار ميعاد آخر للبدء بإجراءات التحكيم، كون أن هذه المدد تتعلق بمصالحهم أساساً لا بالنظام العام، وهو توجه تشريعي نعتقد أنه موفق وسليم ويحافظ على الحكمة من اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع، هذا ولم يترك المشرع الباب مشرعاً أمام الأطراف في تحديد تلك المدة دون ضابط وإلا لضاعت الحكمة من قدرة هذه الوسيلة في اختزال العامل الزمني والسرعة في حسم النزاع.

وفي جميع الأحوال، فإننا نجد بأن المشرع قصد من هذا النص تحديد معيارين للبدء بإجراءات التحكيم؛ أولهما محدد بنص القانون ويعتمد على تاريخ الانتهاء من تعيين هيئة التحكيم وثانيهما معيار شخصي يعتمد على اتفاق أطراف النزاع على ميعاد آخر تبدأ به هذه الإجراءات ويرى جانب من الفقه بأنه: "في حال عدم اتفاق الأطراف على ميعاد محدد لبدء إجراءات التحكيم فإنه يصار إلى اليوم الذي يتسلم به المدعى عليه، ما يفيد تقديم طلب التحكيم من المدعي، وهو أمر في غاية الأهمية لاحتساب مدة التقادم، وانتهاء إجراءات التحكيم"[2]، وإن أهمية تحديد تلك المدة من قبل هيئة التحكيم لدى اكتمال تعيينها، أو من قبل الأطراف حال اتفاقهم، تتبين في الاتفاق على تسليم هذه المستندات لهيئة التحكيم خلال مدة معينة تُحتسب اعتباراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وكذلك الأمر بالنسبة لميعاد إصدار الحكم المنهي للخصومة من قبل هيئة التحكيم، والذي يجب أن يتم خلال مدة معينة من تاريخ بدء الإجراءات[3].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق

في حديثنا عن القانون الواجب التطبيق في إطار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، سنعالج القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، غير أننا سنتناول بنوع من التحليل المحور الثاني دون المحور الأول لأنه أساس هذه الدراسة، وقد منحت التشريعات ذات العلاقة المساحة الكافية

---

(1) البهجي، عصام أحمد،(2008)، التحكيم في عقود البوت BOT، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، ص 104.

(2) التحيوي، محمود السيد، (2010)، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، ص 222.

(3) الحداد، خالد، التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، والعقود المرتبطة بها (دراسة مقارنة) مرجع سابق ذكره، ص 110.

لإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وفي حال غياب إرادتهم وعدم كفاية قواعد الإجراءات التي تحددها هيئات التحكيم، فلا بد من الرجوع إلى قانون مكان التحكيم، غير أن الأمر ليس بهذه البساطة والوضوح، خاصة إذا ما تعلق الأمر بعقود إدارية دولية أحد أطرافها مستثمر أجنبي، وهو أمر يظهر جلياً في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ونحن نرى أنه لا يمكن الحديث عن قانون يطبق على إجراءات التحكيم بمعزل عن موضوع النزاع، إذ أن الإجراءات هي أثر مترتب على موضوع النزاع وليس العكس، كما لا يمكن أن يتعارض القانون المطبق على الإجراءات مع ذلك المطبق على موضوع النزاع.

وعليه؛ فإن الحديث في هذا المطلب سيكون في ثلاثة محاور وهي: اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق (الفرع الأول)، والقانون الأولى بالتطبيق في حالة عدم الاتفاق (الفرع الثاني)، والمبادئ الواجب مراعاتها في حسم النزاع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق

رغم المساحة الواسعة التي منحتها التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الثنائية والجماعية لإرادة الأطراف، على كل من الصعيدين الداخلي والدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على النواحي الموضوعية في المنازعات المنبثقة عن العقود المحالة إلى التحكيم، إلا أن هناك من القيود القانونية التي لا يمكن تجاوزها أو تجاهلها حال تعارضها مع هذا الاتفاق، سواء تعلق الأمر بتحكيم داخلي أو تحكيم دولي، والأمر ليس سيان في كل منهما، إذ تتصاعد القيود المفروضة على التحكيم الدولي أكثر من التحكيم الداخلي، وهو أمر نرى بأنه يتوافق مع القانون والواقع معاً، وفي جميع الأحوال فإن ضابط الإسناد الأصيل في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الإدارية الدولية الاستثمارية من الناحية الموضوعية، أو الإجرائية يتجلى في إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في اختياره.

وفي الحالة الأولى ليس هناك مدعاة للشك، في وضوح ما اتجهت إليه رغبة أطراف النزاع المعبر عنها صراحة، دون لبس أو غموض، غير أن الأمر يزداد تعقيداً في الحالة الثانية (أي التحكيم الدولي)، وهو ما يعبر عنه بالإرادة الضمنية، إذ يترك الأمر في استظهار ما قصده الأطراف للمحكم، وهو أمر لا يؤخذ على بساطته؛ لأن إعمال هذه الفكرة بشكل مطلق قد يؤدي لحلول إرادة المحكم بدلا من إرادة أطراف النزاع وفي غياب الإرادة الصريحة، والضمنية يصار إلى القانون الذي اختاره المشرع.

وقد اتجهت غالبية الآراء الفقهية حال عدم تصدي المشرع مباشرة لتحديد هذا القانون إلى تخويل المحكم في انتقاء القانون الذي يناسب موضوع النزاع، ونشير إلى وجوب تقيده (أي المحكم) بالضوابط الموضوعية والاعتبارات المنطقية والقانونية التي تبرر ذلك[1].

ونحن هنا لا نعترض على الحرية التي منحها المشرع للأطراف وللمحكم في انتقاء القانون الأمثل لحسم النزاع، ولا ننكر القاعدة الأصولية أن شريعة العقد فيما ذهبت إليه إرادة أطرافه لكننا نتحفظ على مسألة أن المحكم إرادته حال سكوت المشرع والأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، ولا نتصور عقد يتضمن الإحالة لنظام التحكيم دون تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي قد تنشأ (كما هو الحال في شرط التحكيم) أو التي نشأت (كما هو الحال في مشارطة التحكيم)، فحتى وإن كان المحكم خبيراً قانونياً وفنياً وقضائياً في آن واحد، فإن هذا لا يبيح له باعتقادنا اختيار القانون الذي يجده مناسباً لتطبيقه على النزاع، وإن المتمعن في النصوص القانونية يجد بأن المساحة التي منحها المشرع لهيئة التحكيم مشروطة باختيار القانون الأكثر صلة بالنزاع، وهو أمر أوضحته الفقرة الثانية من المادة (36) من قانون التحكيم الأردني وأفردت الفقرة الثالثة من ذات المادة قائمة من الشروط التي تحد من صلاحيات هيئة التحكيم، في اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث تنص على أنه: "في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع، شروط العقد موضوع النزاع، وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة، والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين".

وقد أكد المشرع الفرنسي على هذه الشروط في كل من المادتين (1511) و(1512) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. ومن اللافت للنظر أن القانون الفرنسي لم يسمح للهيئة التحكيمية في اختيار القانون الأنسب لفض النزاع إلا إذا منح الأطراف هيئة التحكيم هذا الحق وهو أمر بينه الشق الثاني من المادة (1512) من ذلك القانون[2].

كما وأكدت كل من الفقرة الثانية والثالثة من المادة (42) من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات، على عدم جواز إصدار حكم من قبل الهيئة التحكيمية في ضوء سكوت القانون أو غموضه، وبأن للهيئة التحكيمية الفصل في موضوع النزاع دون التقييد بأحكام القانون بشرط أن تقضي بما هو أصلح للأطراف وبناء على رغبتهما.

---

(1) الحداد، حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص484.

(2) أنظر المادة (1511) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تنص على أنه: " تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الاطراف، وإلا وفقا للقواعد التي تراها مناسبة، وهي تأخذ الأعراف الجارية بعين الاعتبار في جميع الأحوال"، وكذلك نص المادة (1512) من ذات القانون والتي جاء فيها: " تفصل الهيئة التحكيمية بالنزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف إذا منحها الأطراف هذه المهمة".

إذا فالأمر بالنسبة للقانون الفرنسي، ولما أتت به اتفاقية واشنطن، مرهون بموافقة الأطراف على إحالة أمر اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لهيئة التحكيم وبأن لا يتعارض بحال من الأحوال مع القواعد الملزمة في القانون، وبذلك يتضح أن الأمر ليس متروكاً لتقدير المحكمين، إنما بما يتوافق مع إرادة الأطراف، وما يتناسب وموضوع النزاع وهي مسألة تقديرية تخضع للأعراف الجارية والمنطق القانوني.

وقبل الخوض في النصوص القانونية التي تعالج هذا الموضوع على الصعيد الدولي - وهو جل اهتمامنا في هذه الدراسة - كون أن العقود التي نتحدث عنها هي إدارية دولية ذات طابع استثماري، فلا بد من إيراد نص المادة (16) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني والتي أوجبت تطبيق القانون الأردني على عقود الشراكة في شقها الأول وأجازت اللجوء لفض المنازعات المتفرعة عن مثل هذه العقود باللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات في الشق الثاني(والتي من ضمنها بطبيعة الحال التحكيم).

وكما أشرنا سابقا، فإن العقود الدولية التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي: هي إحدى طوائف عقود الشراكة التي تجمع بين القطاعين العام والخاص معاً: وهو أمر أوضحناه في الفصل الأول من هذه الدراسة حينما تناولنا الطبيعة القانونية لمثل هذه العقود، وبه نؤكد على وجهة نظرنا السابقة من أن التشريع وحده هو من يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع حال غياب الإرادة الصريحة للأطراف، والتي يجب أن لا تتعارض مع القيود القانونية، وهي مسألة واضحة للمحلل القانوني، طالما أن المشرع حسم المسألة بنص صريح.

ويؤخذ الأمر على بساطته في عقود الشراكة الداخلية، غير أنه ليس كذلك في العقود الإدارية الدولية، فحتى وإن صُنفت مثل هذه العقود تحت قائمة عقود الشراكة، مما يعني خضوعها لما ورد من أحكام في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإنه لا يجب أن نُغفل ما ورد في الاتفاقيات الدولية من نصوص تقيد ما ورد في هذا القانون، والتي تكون قد تناولت بدورها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع العقدي المتفرع عن العقود الإدارية الدولية المحالة للتحكيم.

ويقودنا هذا الطرح للموضوع الأكثر أهمية، وهو إذا ما تعارض هذا النص الملزم مع ما ورد في معاهدة مصادق عليها من قبل الحكومة الأردنية، فأيهما أولى بالتطبيق؟ وهل حسم المشرع هذا الأمر دستورياً؟ للإجابة على ذلك، لا بد من تناول ما ورد في اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وفيما إذا كانت هناك نصوص قانونية

تتعارض مع ما ورد في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني، ومن ثم كيف حسم المشرع هذه المسألة؟

وبحسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (42) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، فإن هيئة التحكيم تطبق على النزاع القواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وبالتالي فإن المحكم في - إطار المركز الدولي - ملزم بتطبيق القواعد الموضوعية التي يختارها أطراف النزاع التحكيمي؛ أي تطبيق قانون الإرادة[1]، وهو ذات التوجه الذي أخذ به المشرع الأردني في المادة (1/36) من قانون التحكيم بقوله: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان"، وهو أمر يمكن استخراجه أيضاً من مطلع المادة (1511) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي جاء فيها: "تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع، وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف".

وفكرة الإرادة في القانون الدولي تؤخذ على إطلاقها، أي أنها تنسحب على الاختيار الصريح والضمني، وإن كان الأول لا يثير إشكالاً، إلا أن النوع الثاني قد يؤدي إلى إعمال قانون لا علاقة له بالنزاع المعروض على هيئة التحكيم، الأمر الذي دعا جانبا من الفقه لإنكار فكرة الإرادة الضمنية في هذا المجال في إطار العقود الإدارية الدولية، بينما عارض جانب آخر الاكتفاء بالإرادة الصريحة المستنبطة من مطلع المادة (42) من اتفاقية واشنطن، مبررين وجهة نظرهم بأنه يمكن أن يكون الاختيار ضمنياً من خلال تقصي القواعد القانونية الواجبة التطبيق من خلال الشروط المدرجة في العقد وهي فكرة "مزدوجة" للإرادة، عبر عنها الفقيه الفرنسي جولدمان (GOLDMAN) بقوله: "إن الجزء الأول من الفقرة الأولى للمادة (42) يأخذ الإرادة على إطلاقها، وبأن اعتبار الاختيار الصريح هو الأصل لا يعني إهمال الإرادة الضمنية بل إن المادة القانونية عملت على الاعتداد بها تحت ستار قانون الإرادة"، وتميل الباحثة للرأي الأول الذي يتوافق مع الواقع الدولي، حيث تجاوزت هذه النظرية "لكثير من العيوب التي يعد من أهمها محاولة تلمس إرادة ضمنية للأطراف وهو عيب اعتبره بعض الفقه أساس انهيار النظرية الشخصية للإرادة"[2].

وإن التسليم بالإرادة المفترضة قد يؤدي للقول بوجود إرادة غير معبر عنها أو موجودة بالأساس، أي الاستنتاج من العدم وهو أمر مرفوض لأنه يخالف الواقع والقانون، وهذا ما يدعونا لتأييد ما أتت به المادة (28) من قواعد الأمم المتحدة للتحكيم التجاري (UNCITRAL)

---

(1) أبو حلو، شادي (2004)، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وفقا لاتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة العالمية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ص74.

(2) المرجع ذاته، ص 81.

الأونسيترال، والتي اشترطت أن يكون اختيار الأطراف للقانون صريحاً ويمكن استنتاجه من العقد بشكل واضح دون لبس أو غموض[1].

وقد أشارت المادة الأولى من إعلان مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا للعام 1979 إلى مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، حيث جاء فيها أن: "العقود بين دولة وشخص أجنبي تخضع لقواعد القانون المختار من قبل الأطراف"، وهو الأمر الذي كرسته أحكام القضاء الدولي وقرارات التحكيم الدولية سواء أتم تكييف تلك العقود على أنها عقود إدارية أو من عقود القانون الخاص، ففي حكم لمحكمة العدل الدولية الدائمة الصادر بتاريخ (1972/7/12) في قضية الديون العربية، أوضحت المحكمة بأنه: "لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة، ترتضي أن تُسند التزاماتها إلى قانونها الخاص، وأن الدولة تستطيع اختيار أي قانون آخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الاختيار،" وبشأن النزاع الذي نشأ بين ليبيا ومقاول فرنسي بخصوص أحد عقود الأشغال العامة طبقت المحكمة القانون الليبي باعتباره قانون الاختيار الصريح للطرفين [2].

وفي ضوء ما تقدم وباعتبار الأردن أحد الدول المصادقة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، فلا بد من بيان القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري، فيما يخص موضوع النزاع الناشئ عن عقد محال لنظام التحكيم، فهل هو نص المادة (42) من اتفاقية واشنطن أم المادة (16) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني؟ وهل هناك إطار دستوري لهذه المسألة ؟.

وفيما يتعلق بالدستور الأردني، فقد خلت نصوصه من مادة توضح مرتبة المعاهدة بالنسبة للقانون الوطني، ولكن الأمر حسم قضائياً، فقد قررت محكمة التمييز في حكمها رقم (1999/2426) الصادر عنها بتاريخ (2000/4/25) بأنه: "تعتبر الاتفاقيات الثنائية أو الدولية واجبة الإلزام، ويجب العمل بها، وهي أعلى مرتبة في التطبيق من القانون الداخلي، في حال تعارضهما، ولا محل للقول بمبدأ المعامله بالمثل"[3].

---

(1) حزبون، جورج، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 582، وكان ما جاء في المادة (28) من قواعد الأمم المتحدة للتحكيم التجاري (UNCITRAL) الأونسيترال " تفصل هيئة التحكيم في النزاع، وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان، بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع وأي اختيار لقانون دولة مان أو نظامها القانوني، يجب أن يؤخذ على أنه، إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك".

(2) المواجدة، مراد، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 198.

(3) أنظر في هذا الشأن أيضا قرار محكمة التمييز الموقرة رقم (2004/4211) الصادر عنها بتاريخ 2005/5/15 من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

غير أن المشرع الأردني ورغم سكوته في إيضاح مرتبة الدستور بالنسبة للمعاهدات الدولية، إلا أن الأحكام القضائية أكدت على سمو الدستور على المعاهدات، وهو أمر أوضحه جانب من الفقه بقوله: **"** وبعد النظر في أحكام القضاء الأردني، نجد أنه قد اتجه إلى منح المعاهدة قيمة أقل مرتبة من القواعد الدستورية، وقد كان القضاء موفقاً في ذلك، إذ إن الدستور الأردني هو من الدساتير الجامدة، بمعنى أنه يحتاج إلى إجراءات خاصة إلى تعديله، حيث يشترط لتعديل الدستور الأردني، إجراءات اشتراط موافقة جلالة الملك على التعديل، وموافقة مجلس الأمة بالأغلبية المشددة (الثلثين)، وكذلك المناداة على الأعضاء بأسمائهم بصوت عال، وبالتالي فإن طريقة تعديل الدستور الأردني، لا يمكن أن تكون عن طريق معاهدة دولية **"**[1].

وبالاستناد لما سبق من أحكام قضائية، والتي حسمت الخلاف الذي ثار أو من الممكن أن يثور حول ترتيب أولوية التطبيق فيما إذا كانت للقانون الوطني أم المعاهدة الدولية، فإنه يتضح لنا ضرورة تعديل نص المادة (16) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني، حيث أن الوضع الحالي هو أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في شأن العقود الإدارية الدولية - كإحدى طوائف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص - هو القانون الأردني وبصورة حصرية. وإن الباحثة ترى وجوب ترك المجال مفتوحاً لإرادة المتعاقدين للاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وفي فرنسا فقد حسم المشرع الفرنسي الأمر بنص دستوري، إذ نصت المادة (55) من الدستور الفرنسي على أن: " المعاهدات والاتفاقيات الدولية المصادق عليها بصورة قانونية تتمتع ابتداءً من نشرها بسلطة تعلو على سلطة القوانين، بشرط أن يطبق الطرف الآخرهذا الاتفاق، أو هذه المعاهدة"، وفي المادة (54) من الدستور الفرنسي، تشدد المشرع الفرنسي فيما يتعلق بالالتزامات الدولية، التي تتضمن بنداً مخالفاً للدستور، حيث لا يؤذن بالتصديق على الالتزام الدولي أو الموافقة عليه، إلا بعد مراجعة الدستور، وهو أمر يقدره رئيس المجلس الدستوري، بناءً على إشعار من رئيس الجمهورية، أو الوزير الأول، أو رئيس أحد المجلسين، أو ستين نائباً، أو

---

(1) العكور، عمر صالح، والعدوان، ممدوح حسن، وبيضون، ميساء، 2013، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، بحث منشور لدى مجلة الدراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1.

ستين عضواً في مجلس الشيوخ، وفقاً لما ورد في مطلع المادة ذاتها[1]، وترى الباحثة بأن معالجة مسألة مرتبة المعاهدة بالنسبة للقانون بنص دستوري آمر، هو توجه سليم وحكيم حيث تعرض الدستور الفرنسي من خلال هذا النص لقاعدة دولية في غاية الأهمية حينما وضع المعاهدة في مرتبة أعلى من القانون الوطني ألا وهي مبدأ المعاملة بالمثل وذلك لدى اختتامه نص المادة (55) بشرط مفاده: " أن يطبق الطرف الآخر هذا الاتفاق أو هذه المعاهدة".

بقى أن نقول بأن البند الأخير من المادة (11) من قانون الشراكة الفرنسي رقم (559) الصادر بتاريخ 2004/6/17 والمعدل بتاريخ 2016/4/11، قد أشار لإمكانية حل النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص باللجوء إلى التحكيم مع وجوب تطبيق القانون الفرنسي[2]، وهو ذات النهج الذي سار عليه المشرع الأردني في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مع اختلاف الثاني في إيراده نصاً دستورياً صريحاً بيّن مرتبة المعاهدات الدولية من القانون الداخلي، وننوه بأن نص المادة العاشرة من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسي هي بمثابة نقلة نوعية في مجال العقود الإدارية، إذ أباح المشرع من خلالها إمكانية فض المنازعات الناشئة عن هذه العقود باللجوء للتحكيم، وهو أمر حظره مجلس الدولة الفرنسي في العقود الإدارية الداخلية بشكل مطلق، وخفف من حدته في العقود الإدارية الدولية التي تحقق النفع العام والمصلحة العامة للشعب الفرنسي، وتضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد، مع اشتراط أن ينظر لكل عقد على حده، وأن يصدر مرسوماً يبيح اللجوء للتحكيم، وإننا نعتقد بأن المشرع الفرنسي عدل عن موقفه هذا في مجال العقود الإدارية التي تندرج ضمن طوائف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لذات العلة التي أشرنا إليها سابقاً، وقد تنازل مجلس الدولة الفرنسي عن كثير من مبادئ القانون الإداري الراسخة؛ من أجل

---

(1) La constitution française de 1958-1962.Article(55)Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. Article(54) Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

(2) Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Article 11 (abrogé au 1 avril 2016 "Un contrat de partenariat comporte nécessairement des relatives" Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.

خدمتها وتطويرها ألا وهي المرافق العامة، التي تمثل المحل في العقود الإدارية بشقيها الداخلي والدولي، لا بل ويزيد على ذلك تشجيع الاستثمار الذي تضيع مساوئه القليلة أمام محاسنه الكثيرة.

الفرع الثاني: القانون الأولى بالتطبيق في حالة عدم الاتفاق

لقد أشرنا فيما سبق إلى استبعاد تصور فض أي نزاع عقدي باللجوء للتحكيم دون الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع هذا النزاع، غير أن هذا قد يحصل فعلا وإن كان في حالات نادرة، ويحصل عدم الاتفاق في مثل هذه الحالة، إما نتيجة عدم الاهتمام أصلاً من جانب الطرفين، أو بسبب اختلافهما على هذا التحديد، ولا يترتب على عدم الاتفاق على تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق، عدم انعقاد خصومة التحكيم، إذ يناط بهيئة التحكيم قانونا مهمة اختيار هذا القانون، ما دام أي من الطرفين لم يعلقا مباشرة على اختيارهما لهذا القانون[1].

ورغم تعدد الآراء حول القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية ذات الطابع الدولي الاستثماري، والتي تمثل إحدى أنواع عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في حال عدم اتفاق الأطراف على تحديده فقد استقر الفقه على إعمال ما يسمى: "نظرية التركيز الموضوعي" لمثل هذا النوع من العقود، وهو أمر مؤداه تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، حيث تتركز العلاقة العقدية كونه الأكثر اتصالاً بموضوع العقد، وقد عبر جانب من الفقه عن ذلك بقوله: "يعد قانون مقر المشروع هو الأكثر ملائمة لحكم العقد المبرم بين الدولة مقر المشروع وشركة المشروع، فبالموازنة بين معطيات هذا العقد والترجيح بينها نجد أن مقر تنفيذ المشروع يبرز كعنصر يمثل مركز الثقل في العلاقة العقدية أو العنصر الأكثر أهمية والأوثق صلة بهذه العلاقة"[2].

ونحن نؤيد حجة هذا الجانب الفقهي كونها الأقرب للمنطق القانوني والواقعي معاً، لكونها تكفل باعتقادنا عدم إخراج هيئة التحكيم لموضوع النزاع من إطار القانون الأكثر اتصالاً به، مع ضرورة الإشارة هنا إلى أن سلطة هيئة التحكيم في تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع لا تثور إلا بالنسبة للتحكيم الدولي الذي يكون محله علاقة دولية ذات طابع استثماري ومحلها المرفق العام المراد إنشاؤه، أو تسييره أو تنظيمه، وبتمويل عادة ما يكون أجنبياً بالكامل أما في العقود الإدارية الداخلية فلا مجال للحديث عن إمكانية اختيار قانون أجنبي من قبل هيئة التحكيم؛ لأن كافة العناصر التي تتألف منها العملية العقدية هي عناصر وطنية خالصة.

---

(1) مشيمش، جعفر، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص 181.
(2) البهجي، عصام، التحكيم في عقود البوت (BOT)، مرجع سابق ذكره، ص135.

ومن الأمثلة على الحالات التي قررت فيها هيئة التحكيم وجوب الأخذ بالقانون الوطني لمكان المشروع، حكم محكمة التحكيم في النزاع القائم بين جمهورية فنزويلا وشركة (AUTOPISTA)، حيث قررت هيئة التحكيم أن القانون الواجب التطبيق في ضوء عدم اتفاق أطراف النزاع هو القانون الفنزويلي، وبالاستناد إلى أن شركة (AUTOPISTA) منحت بموجب القانون الفنزويلي رقم (138)، والمرسوم الصادر عن الرئيس رقم (502) ترخيصاً لمدة (35) سنة لإنشاء جسر، وإعادة هيكلة الطرق العامة[1].

وحتى في حالة اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم في العقود الإدارية الدولية المحالة لنظام التحكيم، فإن معظم الاتفاقيات تأخذ بتطبيق قانون مقر المشروع لأنه الأنسب والأقرب في حسم النزاع من غيره، وفيه تتركز جل عناصر العملية العقدية، وهو أمر أشارت إليه المادة (85) من اتفاقية مطار الملكة علياء المبرمة بين الحكومة الأردنية وإئتلاف شركات استثمارية فرنسية.

وقد وجدنا بأن الرأي الغالب في الفقه، انطلاقاً من أن "عقود الدولة" ذات الطابع الدولي هي عقود إدارية، يذهب إلى وجوب أن يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة، كون أن الدولة ممثلة بأحد أشخاصها المعنوية العامة هي طرف في هذه العملية العقدية حتى وإن كانت الغاية من ذلك العقد تحقيق أرباح للطرف الأجنبي (أي المستثمر)، فإن الهدف الأساسي في المقام الأول هو ضمان سير المرفق العام[2].

وقد أرست محكمة العدل الدولية مبدأ خضوع الدولة لقانونها الوطني في حكمها الصادر سنة (1929) في قضية القروض الصربية البرازيلية، وكان من ضمن ما جاء في حيثيات ذلك الحكم: "كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام، يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف بإسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون، لما كان الطرف المفترض هو دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها، أو التي تتعلق بهذا الفرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها"[3].

(1) أبو حلو، شادي، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وفقا لاتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة العالمية، مرجع سابق ذكره ص 83.
(2) حلمي، عمر،(1993)، معيار تمييز العقد الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون طبعة، ص 56.
(3) المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 208.

ورغم النهج الذي استقرعليه الفقه والقضاء من حيث لزوم تطبيق القانون الوطني لدولة مكان تنفيذ المشروع على العقد الإداري الدولي الاستثماري؛ إلا أن الواقع أثبت أن هيئات التحكيم تتعمد أحياناً تعطيل تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة حتى لا يشكل قرارها سابقة تُمكن الدول من التمسك بها في مواجهة الشركات الأجنبية، ومن الأمثلة على ذلك قرار التحكيم الصادر بخصوص قضية شركة (Eurotunel) والسكك الحديدية الفرنسية بخصوص العقد الموقع بين شركة (Channel Tunel، وFrance Manch) من جهة، وسكك الحديد الفرنسية والبريطانية من جهة أخرى حول عقد استغلال نفق المانش، حيث تعرّض الحكم لمشكلة العقد الإداري الدولي الذي تخضعه الأطراف بإرادتها لنظام قانوني وطني يعرف نظرية العقد الإداري ومن ضمن حيثيات هذه القضية طلب الشركة تطبيق القانون الفرنسي على موضوع النزاع وتكييف العقد على أنه عقد إداري، غير أن هيئة التحكيم رفضت ذلك متذرعة بالطابع الدولي لهذا العقد، وبالتالي عدم قابلية القانون الفرنسي الداخلي من الانطباق عليه بسبب وجود تناقض وتعارض بين سلطان الإرادة والطابع الإداري للعقد، وأشارت الهيئة إلى أنه: "حتى وإن كان الطابع الدولي للعقد لا يمنع من تكييفه ضمن طائفة العقود الإدارية وفقاً لمفهوم القانون الفرنسي فإن ذلك لا يخفي أيضاً، أن هناك طرف أجنبي في هذه العلاقة العقدية، مما يحول دون تطبيق القانون الإداري الفرنسي عليه، وبالتالي فإن هذا العقد ليس من ضمن العقود الإدارية، التي يحكمها القانون الفرنسي"[1].

وعلى النقيض تماماً فقد يتضمن اتفاق التحكيم إمكانية تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة مع تطبيق قوانين أجنبية أخرى بذات الوقت، ومن ذلك ما تضمنته المادة (33) من عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المبرم بين حكومة دولة مدغشقر وإحدى الشركات الكندية في عام (1996) بخصوص مشروع أعمال تعدينية، والتي جاء فيها أن: "القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون دولة مدغشقر، وفي حالة خلو نصوص هذا القانون من حكم المسألة المثارة، يجب على محكمة التحكيم أن تلتمس الحل في الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مدغشقر، فإن لم تجد، تلجأ لأحكام القضاء الفرنسي التي تتناول هذه المسألة، وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بالقانون الإداري، فإن لم تعثر على حكم فيها، فيجب تطبيق المبادئ العامة

---

(1) الحداد، حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 220، وقد أوضحت هيئة التحكيم في هذه القضية بأن الشرط الخاص الذي يجعل العقد خاضعا لحكم القانون الوطني الفرنسي هو شرط صحيح، إلا أنه يتضمن أحكام القانون الخاص الفرنسي، وليس القانون الإداري، وإن ما يزيد هذا الحكم غرابة، تناقض وجهات نظر أطراف النزاع، فبالنسبة لفرنسا وإنكلترا، تمسكت بتطبيق القانون الخاص لاستبعاد إعمال قواعد القانون الإداري الخاصة بنظرية تغير الظروف، أما شركة (Eurotunel) فتمسكت بتطبيق قواعد القانون الإداري؛ لأنه يوفر الحماية القصوى لها، خصوصاً فيما يتعلق بإعادة التوازن المالي والاقتصادي للعقد.

للقانون، والممارسات المعترف بها دولياً، وأحكام القضاء المقارن المقررة بخصوص المسألة المعروضة"[1].

وتعتقد الباحثة أن هذا الترتيب لإعمال قوانين مختلفة على منازعة ناشئة عن عقد إداري دولي واحد، وإن كان له ما يبرره بحكم طبيعة مثل هذا النوع من العقود، إلا أنه قد يؤدي إلى ضياع العبرة من اللجوء للتحكيم كوسيلة اتفاقية سريعة لحسم النزاع، هدفها الأول تشجيع وترغيب المستثمر في تطوير المرافق العامة في الدولة، إلى وسيلة للتنصل من أحكام القضاء وتأييدنا اللجوء للتحكيم، لا يعني أخذ الأمر على إطلاقه دون ضوابط تحدده، وتخدم الغاية المرجوة منه، وهو ما سيدخلنا في دوامة استنفاذ وسائل فض النزاع الداخلية، والإحالة للقوانين الأجنبية التي تخدم مصالح المستثمرالأجنبي في مثل هذه العقود.

وتعزيزاً لوجهة نظرنا من أن عدم اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق على منازعاتهم الناشئة عن عقد إداري دولي يتضمن شرطا باللجوء للتحكيم، لا يعني بالضرورة تطبيق قانون مقر المشروع، بل من الممكن تطبيق مبادئ القانون الدولي مع قانون الدولة المتعاقدة، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة (42)، من اتفاقية واشنطن لعام (1965) قد أشارت إلى هذه المسألة بشكل واضح وعلى نحو يماثل ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (36)، من قانون التحكيم الأردني.[2]

وعلى الصعيد العملي، نستشهد هنا بحكم هيئة التحكيم الصادر في النزاع بين شركة (Amco) وأندونيسيا، إذ استندت هيئة التحكيم للفقرة الأولى من نص المادة (42) من اتفاقية واشنطن والتي تخولها الحق في تطبيق مبادىء القانون الدولي لسد النقص في القوانين الوطنية ومنح القانون الدولي أولوية في حالة وجود تنازع بين تلك المبادىء والقانون الداخلي، فإذا لم يكن

---

(1) الحداد، خالد، التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق ذكره، ص123.

(2) أنظر ما ورد في المادة (42) من اتفاقية واشنطن لعام (1965) والذي كان كالآتي: " -1تفصل المحكمة في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد -2 ليس للمحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها على أساس سكوت أو غموض القانون -3 لا تمس نصوص الفقرات السابقة (1, 2) قدرة المحكمة على الفصل بالعدل والإنصاف وهذا في حالة موافقة الطرفين، وكذلك ما ورد في المادة (36) من قانون التحكيم التحكيم الأردني لسنة (2001) من أنه:" أ.تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين،ب. اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع،ج. في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، د. يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون.

هناك نص يعالج المسألة في القانون الداخلي، يجب الرجوع إلى القانون الدولي، حتى لو كان هناك نصوصاً في القانون الوطني تعالج المسألة المطروحة على الهيئة، فيجب تقييمها في ضوء القانون الدولي، الذي تسمو أحكامه على قوانين الدولة الطرف في النزاع.[1]

ونعتقد بأن ما تقدم هو توجه يخالف قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والذي أشار في المادة (28) منه إلى أن الاتفاقية، وحال عدم اتفاق الأطراف، أو خلافهم على القانون الواجب التطبيق "تعتمد حكماً قانون الدولة المضيفة الموقعة على الاتفاقية والطرف في النزاع، وذلك دون الحاجة للبحث عن إرادة الأطراف الضمنية"، هذا مع السماح لهيئة التحكيم تطبيق قواعد تنازع القوانين - الخاصة بالدولة المضيفة المنضمة لهذه الاتفاقية - مع اعتبار هذه القواعد مكملة ومُصححة لقانون الدولة المصادقة على الاتفاقية إذا كان قانونها غير مطابق لتلك القواعد.[2]

الفرع الثالث: المبادئ الواجب مراعاتها في حسم النزاع

تعد المبادئ العامة في حسم المنازعات العقدية عن طريق التحكيم وفقا للرأي الغالب في الفقه نظاماً قانونياً وسطاً بين القانون الداخلي والقانون الدولي العام[3]، ومن هنا قيل بأن إعمال مثل هذه القواعد هو بمثابة "التزام يقع على عاتق المُحكم، يستطيع من خلاله أن يسد النقص الذي يحدثه عدم وجود قاعدة قانونية لحكم المسألة محل النزاع، مما يخوله أو يمكنه استنباط القواعد القانونية بأسلوب متطور من خلال استخدامه للأدوات التي تمكنه من حسن التعامل مع النزاع المعروض أمامه"[4].

ونعتقد بأن هذه المبادئ تقدم الحل للمُحكم في حالة مواجهته لمشاكل قانونية مستعصية ونظراً لعدم تحديد هذه المبادئ، فإنها تعتبر أداة قابلة للتطويع وتعطي المحكم سلطة تقديرية واسعة بما يمكنه من تطبيق القواعد الملائمة على موضوع النزاع[5]، ومن الأمثلة على هذه المبادئ: مبدأ حسن النية، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليهما في القانون المدني[6].

(1) الحداد، حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 537.
(2) المواجدة، مراد، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ذكره ص 224.
(3) أبو حلو، شادي، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وفقا لاتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة العالمية، مرجع سابق ذكره، ص 114.
(4) البهجي، عصام، التحكيم في عقود البوت (BOT)، مرجع سابق ذكره، ص126.
(5) الحداد، حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص781.
(6) أنظر المادة 1/202 من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976) والتي نصت على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وكذلك ما ورد في المادة 1134 من الدستور الفرنسي، والتي جاء فيها أن الاتفاقات القانونية المعقودة هي بمثابة القانون في مواجهة العاقدين.

وقد أشارت المادة (36) من قانون التحكيم الأردني إلى المبادىء العامة التي يجب مراعاتها من قبل هيئة التحكيم بقولها: "وفي جميع الأحوال، يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع، وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة، والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين"، وتقابلها المادة (1511) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والتي جاء فيها ما يلي: "تفصل الهيئة التحكيمية بالنزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وإلا وفقا للقواعد التي تراها مناسبة، وهي تأخذ الأعراف التجارية بعين الاعتبار في جميع الأحوال".

ونحن نتفق مع الجانب الفقهي الذي يرى بأن تلك المبادئ، عامة جدا ومغرقة في كثير من الاحيان في المثالية التي تجعلها عاجزة في الأغلب عن إيجاد حل للنزاع، فهي غالباً قواعد "فوقية إرشادية" لا تصلح أن تكون أساساً للقانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح[1].

ولعل ما أشار إليه قانون التحكيم الاردني في المادة (36) أكثر تحديدا في هذا المجال فالأعراف الجارية المشار إليها في المادة، تعتبر مصدراً من مصادر القانون الواجب التطبيق سواء بالنسبة لحالة اتفاق الأطراف على اختياره، أو لتحديد هيئة التحكيم له عند عدم الاختيار وهذا ما جعل الفقه يتشدد في مسألة إثبات هذه الأعراف، والتي اعتبرها من قبيل الشروط التعاقدية التي يقع على الخصوم عبء إثباتها، كونها من مسائل الواقع لا القانون[2].

وسواء تحدثنا عن المبادئ العامة في القانون أو الأعراف الجارية، فإن تطبيقها على العقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري يثير العديد من الإشكاليات خاصة من حيث تحديد مضمون هذه المفاهيم، فهي وإن كانت ذات معنى متقارب بين الدول بصورة ظاهرية إلا أنها واقعاً مختلفة في تفاصيلها، خاصةً حينما تقترن تلك المفاهيم بالمبادئ العامة للقانون الدولي أو القانون الداخلي الأمر الذي يترتب عليه وجود اختلافات في التفسير لدى عرض نزاع معين على التحكيم وبداهةً، فإن تلك المفاهيم لا يمكن النظر إليها كنظام قانوني ثابت، كما أنه لا يمكن أن يحل محل الأنظمة القانونية المستقرة[3].

---

(1) الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، (1998)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر، ج1، ط1، ص115.
(2) مشيمش، جعفر، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص 183.
(3) علوان، محمد يوسف (1976)، بحث منشور لدى نقابة المحامين الأردنيين بعنوان" الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية عمان، العدد (11)، ص 1719-1720

وبمعنى آخر فإنه لا بد حتى أن تؤدي هذه المبادئ والأعراف وظيفتها، كأحد القواعد التي يتم تطبيقها على موضوع النزاع في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، من التأكد فيما إذا شكلت بحد ذاتها نظاماً قانونياً مستقلاً، دون ارتباطها بالقانون الداخلي للدول المتعاقدة أو القانون الدولي أو عادات وأعراف التجارة الدولية، كما يجب أن تتصف بالعمومية، والتجريد والوضوح[1]، حتى لا يتمكن المحكم من تقديم حجج واهية من أجل تطبيق مبادىء القانون الدولي العام، والأمثلة على ذلك كثيرة جداً، ففي قرار (Sappire) سافير، استند المحكم إلى نص المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، حتى يستبعد تطبيق القانون الداخلي على النزاع الناشئ عن العقد المبرم بين سافير والشركة الوطنية الإيرانية للنفط، والذي يحيل العقد إلى مبدأ حسن النية، وبالتالي **لا** يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف، متى وافق أطراف الدعوى على تطبيق المبادئ العامة للقانون[2].

ولعل هذا ما دعا بعض الفقه للقول بأن: "مصلحة المستثمر تظل في ضوء هذا التفسير مصونة، لا تُمَس من خلال إعمال مبادئ القانون الدولي، التي لا يمكن استبعادها، حتى في حالة الاختيار الصريح للأطراف، ويقوم المحكم بإعمالها في هذه الحالة وأيضا ومن باب أولى، في حالة عدم الاختيار الصريح للقانون[3]".

ورغم منطقية هذا الطرح، إلا أننا لا نوافق هذا الرأي من كل الجوانب، فإعمال هذه المبادئ بصورة قد تخالف القانون الواجب التطبيق حال اختيار الأطراف له فيه من الخطورة التي قد تؤدي لاستبعاد هذا القانون بالمجمل، إذا أتى غير موافق لهذه المبادئ، مما يعني إعطاء هيئة التحكيم صلاحية واسعة تحت هذه الذريعة، وهذا ما سيدخلنا في الفرض الذي يؤدي لإقصاء القانون الذي اختاره الأطراف، وكأن الأمر أصبح سيان بين وجود هذا الاتفاق وغيابه؛ ولذلك كله فإنه يجب على هيئة التحكيم إجراء الموازنة بين القانون الذي ستطبقه على النزاع إذا ما اختار أطراف النزاع هذا القانون أم لا، وبين إعمال هذه المبادئ والأعراف، وهو أمر تقديري يتطلب دراسة كل نزاع على حده، وليس بالبساطة التي ينظر إليها الفقه من جوانب تشجيع الاستثمار وتوطيد العلاقات الاقتصادية بين الدول.

---

(1) خيال، فتح الله (2002)، التحكيم في عقود الدولة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ص 149.

(2) علوان، محمد، الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية، مرجع سابق ذكره، ص 1716.

(3) ضيا، ليندا (2008)، خصوصية التحكيم في حل المنازعات المتصلة بالاستثمار وفقا لمعاهدة واشنطن (1965)، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان، ص 118.

وفي جميع الأحوال، يجب أن تراعي هيئة التحكيم نقطة محورية وحساسة في العقود الإدارية الدولية، ألا وهي المحل الذي تنصب عليه مثل هذه العقود وهو المرفق العام الواجب رعايته، وحسن إدارته، بصورة تكفل تحقيق المصلحة العامة، حتى لا تتحول إدارة وتطوير المرافق العامة لوسيلة لخسارتها ونعود لنؤكد، على أهمية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل الأطراف ابتداءً، وإعمال مبادئ القانون الدولي بحيطة وحذر بالغين، وبشكل مجرد عن الأنظمة القانونية التي تناسب موضوع النزاع.

المبحث الثاني

أثار حكم التحكيم على العقود الإدارية الدولية الاستثمارية

يترتب على صدور القرار التحكيمي في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري مجموعة من الآثار القانونية، التي عالجتها الأنظمة القانونية المختلفة والتي تختلف عن الآثار المادية للتحكيم، حيث تتضمن التزام المحكم في أن يبت في الخصومة المعروضة عليه خلال المهلة المحددة له قانوناً حال غياب اتفاق الأطراف على هذه المدة، وهو أمر تناولناه بالتحليل سابقاً، وخلصنا إلى أن المشرع الفرنسي كان أكثر صرامة وحرصاً على تقليص هذه المدة؛ رغبة منه بتعجيل البت في النزاع، وهو أمر لم يعالجه المشرع الأردني بذات الصورة، إذ منح لأطراف النزاع التحكيمي حرية أكبر في تحديد أمد أطول لبت النزاع من قبل هيئة التحكيم، مضافاً إلى ذلك، اشتراط كل من المشرع الأردني والفرنسي كتابة حكم التحكيم والتوقيع عليه من قبل جميع المحكمين، أو أغلبيتهم[1]، أما بالنسبة للآثار القانونية؛ فسوف نعالجها في هذا المبحث، من خلال ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: آثار حكم التحكيم بالنسبة للمحكم.

المطلب الثاني: آثارحكم التحكيم بالنسبة لأطراف النزاع.

المطلب الثالث: أثر حكم التحكيم بالنسبة للغير.

---

(1) أنظر ما ورد في المادة (41/1)و(41/3) من قانون التحكيم الأردني والتي جاء فيها:"1- يتم تدوين حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم، يكتفي بتوقيع أغلبية المحكمين، بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية 3- يجب أن يشتمل حكم التحكيم على، أسماء الخصوم، وعناوينهم، وأسماء المحكمين، وعناوينهم، وجنسياتهم وصفاتهم، وموجز عن اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم، وأقوالهم، ومستنداتهم، ومنطوق الحكم، وتاريخ ومكان اصداره وأسبابه اذا كان ذكرها واجباً، على أن يتضمن الحكم، تحديد أتعاب المحكمين، ونفقات التحكيم، وكيفية توزيعها بين الأطراف وكذلك ما ورد في كل من المواد(1480)و(1481)، من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة(2011) وكان ما ورد في المادة(1480) " يصدر القرار التحكيمي بأغلبية الأصوات، يتم التوقيع عليه من قبل كافة المحكمين،إذا رفضت أقلية من المحكمين التوقيع، تتم الإشارة إلى ذلك في القرار التحكيمي، ويكون لهذا القرار نفس المفاعيل كما لو كان قد تم توقيعه من قبل كل المحكمين" وكما هو معلوم، فإن الكتابة في العملية التحكيمية أمر متفق عليه في معظم التشريعات، والاتفاقيات المنظمة لنظام التحكيم، وبالنسبة للمادة (1481)، فقد اشترطت أن يشتمل القرار التحكيمي على "1-أسماء الأطراف، وألقابهم، أو تسميتهم التجارية، ومكان إقامتهم أو مركز عملهم. 2-عند الاقتضاء أسماء المحامين، أو الاشخاص كافة الذين مثلوا أو عاونوا الأطراف. 3-أسماء المحكمين الذين أصدروه. 4-تاريخه. 5-مكان صدوره".

المطلب الأول: آثار حكم التحكيم بالنسبة للمحكم

نظراً لعدم استقرار التشريعات ذات العلاقة والاتفاقيات الدولية على تعريف حكم التحكيم، فقد تصدى الفقه لهذه المسألة، وذهب إلى أن أحكام التحكيم هي: تلك القرارات التي تصدرعن هيئة التحكيم المختصة بالنظر في النزاع بين الأطراف، والتي تفصل في موضوع النزاع نهائياً وبشكل إلزامي[1].

فالتشريعات والاتفاقيات الدولية ذات العلاقة لم تضع - كما ذكرنا - تعريفاً محدداً لحكم التحكيم، ومثال ذلك اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة (1958)، والتي أشارت لنطاق أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة عن مراكز وهيئات التحكيم الدولية ولكن دون أن تحدد ماهيتها، فقد جاء في الفقرة الأولى والثانية من المادة الأولى من الاتفاقية أنه: " 1-ينطبق هذا الميثاق على الأمور التي تتناول الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في الدول غير الدولة التي يراد تنفيذ تلك القرارات لديها، والناشئة عن المنازعات القائمة بين الأفراد، طبيعية كانت أم قانونية، كما وينطبق أيضا على قرارات التحكيم التي لا تعتبر قرارات محلية لدى الدولة المراد تنفيذ تلك القرارات لديها. 2-إن عبارة (قرارات التحكيم) لا تشمل فقط القرارات التي يصدرها المحكمون المعينون للبت في القضايا الافرادية، بل تشمل أيضا القرارات التي تصدرها، هيئات التحكيم الدائمية التي يخضع لها الفرقاء.[2]

وقد تناولت المواد (28-30) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة (1985) قرار التحكيم بشكل تفصيلي أكثر وصفت من خلاله المادة (28) هذا القرار بأنه: "القرار الصادر بالاستناد للقواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع"، وأضافت المادة (29) وصفا آخر له بنصها على أنه: "القرار الصادر بأغلبية أعضاء الهيئة التحكيمية"، وأما المادة (30) من ذات القانون النموذجي، فقد اعتبرت القرار قراراً تحكيمياً إذا "صدر من أطراف النزاع بتسوية النزاع القائم فيما بينهم"، وهذا ما يفيد بحد ذاته أن قواعد القانون النموذجي قد اعتمدت على معايير موضوعية بحتة في تحديد الأصول المتبعة لإصدار الحكم التحكيمي مضافاً إليها

---

(1) عبد الهادي، بشار، (2005)، التحكيم في منازعات العقود الادارية، ص12.

(2) وعلى هذا النحو سارت أغلب أنظمة التحكيم الدولية، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة(17)، من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية ICC لسنة (1988) بقولها: "تعتبر هيئة التحكيم تدقيقها المسبق لمشروعات الأحكام بالتطبيق للمادة (21) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، اهتماما خاصا بأن المستلزمات الشكلية التي يفرضها القانون الواجب التطبيق على الإجراءات قد روعيت، وعند الاقتضاء، بأن القواعد الآمرة السارية في مكان التحكيم لم تخالف، وعلى الأخص، تلك المتعلقة بتسبيب الأحكام وبالتوقيع عليها، وبجواز إبداء الآراء المخالفة من قبل أحد المحكمين".

معايير شكلية تناولتها المواد (31-33) من القواعد ذاتها والتي سنتناولها بالشرح والتحليل لدى الحديث عن وجوب تعليل قرار التحكيم.

وفيما يتعلق بالآثار المترتبة على حكم التحكيم بالنسبة للمحكم فقد أشارت إليها التشريعات ذات العلاقة في كل من الأردن وفرنسا، والتي تتلخص بالآتي:

الفرع الأول: تسليم حكم التحكيم معللاً

يتوجب على هيئة التحكيم، وبعد صدور حكم التحكيم أن تقوم بتسليم صورة منه خلال المدة المحددة قانوناً، أو بناء على المهلة التي يحددها الأطراف، ويعني التسليم في هذا المجال "تسليم نسخة أصلية من هذا الحكم موقعة من المحكمين، ومعتمدة من المنظمة التحكيمية التي تشرف على التحكيم في حالة التحكيم المؤسسي، ولا يشترط القانون النطق بحكم التحكيم في جلسة علنية، أو في حضور الأطراف، إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك"[1].

وهذا الأمر أوجبه المشرع الأردني في المادة (42) من قانون التحكيم، والتي جاء فيها: "أ- تسلم هيئة التحكيم الى كل من الطرفين صورة عن حكم التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره. ب- ولا يجوز نشر حكم التحكيم، أو نشر أجزاء منه، إلا بموافقة طرفي التحكيم".

أما عن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، فقد نص عجز المادة (1484) منه على وجوب اتباع شكلية معينة يبلغ بها القرار التحكيمي للأطراف بقوله: "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن إبلاغ القرار التحكيمي يتم عن طريق التبليغ الرسمي"، وحماية من المشرع الفرنسي لقرارات التحكيم الدولية، التي أفرد لها باباً خاصاً في ذات القانون، ضمن الفصل الثالث المتعلق بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، أشار في المادة (1515) لشروط يثبت بها وجود القرار التحكيمي والتي جاء فيها: "يثبت وجود القرار التحكيمي بإبراز أصله مرفقا باتفاق التحكيم، أو بصورة عن هذين المستندين تستجمع الشروط المطلوبة لصحتها".

ولأن المادة (42) من قانون التحكيم الأردني لم توضح طريقة تسليم حكم التحكيم فإنه يصار لما ورد في المادة (6) من ذات القانون، والتي يلاحظ التشابه بينها وبين ما ورد في المادة (1484) من قانون الإجراءات الفرنسي، بوجوب مراعاة أسس التبليغ الرسمي[1] والفارق بين

---

(1) أنظر ما ورد في المادة (6) من قانون التحكيم الأردني والتي كان ما جاء فيها الآتي:" أ- ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم يتم تسليم اي تبليغ إلى من يراد تبليغه شخصيا، أو في مقر عمله، أو في محل إقامته المعتاد، أو إلى عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في اتفاق التحكيم، أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم .ب-وإذا تعذر معرفة أي من العناوين بعد إجراء تحريات جدية، يعتبر التبليغ منتجا لآثاره إذا تم تسليمه بكتاب مسجل إلى أخر مقر عمل، أو محل إقامة معتاد، أو عنوان بريدي معروف للشخص المراد تبليغه".

القانونين هو تعيين المشرع الأردني مدة لتسليم حكم التحكيم حددها ب(30) يوماً وهو توجه سليم باعتقادنا لأنه يقطع على الهيئة التحكيمية المماطلة والتسويف، مما قد يضيع الغاية من اللجوء إلى التحكيم.

أما المشرع الفرنسي فلم يحدد هذه المدة، ولكنه أشار إلى مسألة غاية في الأهمية في المادة ذاتها (1484) وهي" جواز إضفاء صفة التنفيذ المعجل على القرار التحكيمي".

وهذه العبارة وإن أوحت بضرورة توافر عامل السرعة في حسم النزاع وتنفيذه، إلا أن كلمة يجوز في مطلعها تفيد باعتقادنا التخيير لا الإلزام، وبذلك تظهر أهمية موقف المشرع الأردني في فرض قيود صارمة على هيئة التحكيم، حيث أوجب عليها تسليم الحكم ضمن إطار زمني محدد وإن ذلك التحديد يعزز عامل السرعة، ويمكن الأطراف من مراجعة الحكم وإعادته للهيئة التحكيمية ذاتها إذا ما تبين لهم حاجة القرار لإيضاح معين، أو إن كان يعتريه خطأ مادي قابل للتصحيح.

وعلى الصعيد الدولي نجد أن اتفاقية واشنطن تناولت موضوع تسليم أحكام التحكيم في الفقرة الأولى من المادة (49)، والتي جاء فيها: "يرسل السكرتير العام مباشرة نسخاً معتمدة طبق الأصل من الحكم إلى كل من الطرفين، ويعتبر أن الحكم قد أعلن اعتباراً من يوم إرسال النسخ المعتمدة"، ويلاحظ أن الاتفاقية أناطت تسليم الحكم بالسكرتير العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بشرط أن تكون هذه الصورة رسمية، وهو ذات اليوم الذي اعتبرت به الاتفاقية حكم التحكيم قد صدر.

وكما أشرنا سابقا فإنه يجب أن يصدر حكم التحكيم مسبباً تسبيباً كافياً وخاصة في مجال العقود الدولية، فقد أوجب المشرع الأردني في المادة (41) من قانون التحكيم وبصورة عامة "أن يكون حكم التحكيم مسبباً، إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم".

وهو ذات النهج الذي أخذ به المشرع الفرنسي، عندما نص في نهاية المادة (1482) من قانون الإجراءات المدنية، والتي تنطبق على القرارات التحكيمية بشقيها الدولي والداخلي، بأن يكون القرار التحكيمي"معللاً"، وقد رتب البطلان على عدم مراعاة هذه المسألة حيث نصت المادة في نص المادة (1483) من ذات القانون على أنه:" يتوجب تحت طائلة البطلان، اتباع أحكام المادة (1480)، (1481) المتعلقة بأسماء المحكمين وبتاريخ القرار التحكيمي، وأحكام المادة (1482) المتعلقة بتعليل القرار التحكيمي".

ويمكن الإفادة من تجربة القانون الفرنسي في هذا المجال واشتراطه أن يكون حكم التحكيم معللاً؛ لأننا نعتقد أن أي حكم أو قرار سواء أكان صادراً عن جهات قضائية عادية أم هيئات تحكيمية، لا بد وأن يكون معللاً تعليلاً كافياً ينعدم أمامه الشك في نزاهة المحكمة أو عدم قدرتها على حسم النزاع المعروض أمامها، ويعزز ثقة الأطرف فيها، وتزداد أهمية هذه المبررات في القرارات الصادرة عن الهيئة التحكيمية، خصوصاً إذا ما اتصل النزاع بعقد إداري دولي، بالنظر لطبيعة هذا العقد، وأطرافه، والغاية منه.

الفرع الثاني: تفسير وتصحيح حكم التحكيم

من الآثار المترتبة على حكم التحكيم بالنسبة لهيئة التحكيم هو التزامها بتفسير هذا الحكم وتصحيحه إن لزم ذلك، فقد جاء في المادة (45) من قانون التحكيم الأردني أنه: "أ- يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، ويجب على طالب التفسير تبليغ الطرف الآخر نسخة من هذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم .ب-يصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم، ويجوز لها تمديد المدة خمسة عشر يوما أخرى اذا رأت ضرورة لذلك،ج-ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره، وتسرى عليه أحكامه".

كما عالج المشرع الأردني في المادة (46) من القانون مسألة تصحيح الأخطاء التي قد تعتري حكم التحكيم والتي جاء فيها: " أ- تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم وتجري هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة، خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ صدور الحكم، أو إيداع طلب التصحيح حسب مقتضى الحال .ب-ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم ويبلغ إلى الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح، يجوز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام هذا القانون".

أما المادة (47) من القانون فقد أشارت إلى الإجراءات الواجب اتباعها حال إغفال مسألة من مسائل الحكم بقولها: " أ- يجوز لكل من طرفي التحكيم، ولو بعد انتهاء موعد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم، إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم، ويجب تبليغ هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه .ب- تصدر هيئة التحكيم حكمها الإضافي خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويجوز لها تمديد هذه المدة لثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك".

وفي فرنسا حصر المشرع الفرنسي فقد كافة الحالات المتعلقة بتصحيح، وتفسير، وإيضاح ما أحاط بالحكم التحكيمي من غموض في الفقرة الأولى من المادة (1484) من قانون الإجراءات المدنية، والتي جاء فيها: "يمكن للهيئة التحكيمية بناءً على طلب أحد الأطراف تفسير القرار التحكيمي، وتصحيح ما يقع فيه من سهو، أو أخطاء مادية، أو إكماله في حالة إغفاله الفصل بأحد الطلبات، وتنظر الهيئة التحكيمية بالطلب بعد سماع الأطراف أو دعوتهم، وإن لم يكن بإمكان المحكمة أن تجتمع من جديد، وإذا لم يكن بإمكان الأطراف أن يتفقوا على إعادة تشكلها، فإن هذه السلطة تعود للمحكمة النظامية المختصة للنظر بالنزاع لولا وجود التحكيم".

وعند مقارنة موقف المشرع الأردني والمشرع الفرنسي في هذا المجال، فإننا نؤيد ما ذهب إليه مشرعنا الأردني، من حيث ربطه مسائل التفسيروالتصحيح للحكم التحكيمي بمدة زمنية قدرها (30) يوماً، وأن لا يتجاوز ذلك (60) يوماً بالنسبة للقرار الذي ستعيده هيئة التحكيم للأطراف بالصورة التي يجب أن يكون عليها، وهو ما يؤكد حرص المشرع على عدم المماطلة في إصدار حكم التحكيم بصورته النهائية، كما وقد أضاف المشرع الأردني في نهاية الفقرة الأولى من المادة (45)، والمادة (47) عبارة "ويجب على طالب التفسير".

وبالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة بلغة غير اللغة العربية، فقد نصت المادة السادسة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني لسنة (1952) على أنه "يترتب على المحكوم له أن يقدم إلى المحكمة صورة مصدقة عن الحكم المطلوب تنفيذه، مع صورة مصدقة عن ترجمتها إذا كان الحكم بغير اللغة العربية، وصورة أخرى لتبليغها للمحكوم عليه"[1].

وفي فرنسا أوضح المشرع الفرنسي التفاصيل المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة بالخارج في نص المادة (1515) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والتي جاء فيها: "يثبت وجود القرار التحكيمي بإبراز أصله مرفقاً باتفاق التحكيم، أو بصورة عن هذين المستندين تستجمع الشروط المطلوبة لصحتها، وإذا لم تكن هذه المستندات محررة باللغة الفرنسية يبرز المستدعي ترجمة لها، كما يجوز الطلب من المستدعي إبراز ترجمة موضوعة من قبل مترجم مسجل على لائحة خبراء قضائيين، أو من قبل مترجم مجاز له بالعمل أمام السلطات القضائية، أو الإدارية لدولة أخرى عضو في الاتحاد الأوروبي، أو لدولة طرف في الاتفاق الخاص بالمجال الاقتصادي الأوروبي، أو للإتحاد الكونفدرالي السويسري".

---

(1) قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية (الأردني)، رقم (8) لسنة (1952).

ونلاحظ هنا الدقة البالغة التي اتبعها المشرع الفرنسي في صياغة النص المذكور بصورة تمنع إمكانية وقوع أي محاولة تزوير قد ترد على حكم التحكيم، وهو موضوع خص به القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، والمتعلقة بموضوع العقود الدولية الذي يشكل بالنسبة لنا محور هذه الدراسة، ويسجل للمشرع الفرنسي هذا الحرص الذي أحاط به العقود الدولية بنوع خاص من الاهتمام.

وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية، أشارت المادة (49) من اتفاقية واشنطن إلى إمكانية تصحيح ما يقع في أحكام التحكيم من أخطاء كتابية أو حسابية، حيث جاء فيها: "وبناء على تقدم أحد الطرفين بطلب خلال (45) يوماً من تاريخ صدور الحكم، يجوز للمحكمة بعد إخطار الطرف الآخر، أن تبت في أي أمر له يتناوله الحكم، أو تصحح أي خطأ كتابي، أو حسابي، أو أي خطأ مشابه يتضمنه الحكم، وقرار المحكمة يعتبر جزء لا يتجزأ من الحكم، ويتم إخطار الطرفين به بنفس الوسائل التي يتم إخطار الحكم بها، وتسرى المهل التي تنص عليها الفقرة (2) من المادة(51)"، الأمر الذي يعني وجوب أن يتقدم الخصوم بطلب للتصحيح وعدم جواز أن تقوم به هيئة التحكيم بصورة تلقائية، كما يجب أن يكون الخطأ خطأ مادياً بحتاً، وبالتالي لا يعد من قبيل الأخطاء المادية الخطأ المتعلق بتحديد الوقائع القانونية التي تحكم النزاع[1].

وقد أشارت المادة (51) من اتفاقية واشنطن إلى عدة شروط شكلية وموضوعية، يجب توافرها في طلب تفسير وإعادة النظر في الحكم الكتابي الصادر عن هيئة تحكيم المركز، فقد تضمنت الفقرة الأولى من هذه المادة التفاصيل المتعلقة بكيفية تقديم الطلب، ولمن يتم تقديمه بقولها: "1- ويمكن لأي من الطرفين تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام لإعادة النظر في الحكم، على أساس اكتشاف حقيقة تؤثر على الحكم، بشرط أن تكون هذه الحقيقة غائبة عن علم المحكمة عند إصدارها للحكم، أو أن جهل الطالب بهذه الحقيقة لم يكن نتيجة لإهماله".

ومعنى ذلك أنه يجب أولا أن يقدم الطلب كتابة إلى الشخص المخول باستلامه، (وهو كما أوضحته المادة المذكورة السكرتير العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار) ويجب أن يتعلق موضوع الطلب بإعادة النظر في الحكم، على أساس اكتشاف حقيقة تؤثر في الحكم، وأن لا تكون المحكمة على علم بهذه الحقيقة عند إصدارها للحكم، وأن لا يعود عدم علم مقدم هذا الطلب بالحقيقة المطلوب استكمالها، لأسباب تتعلق بإهماله.

---

(1) علي، غسان (2004)، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها اطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ص 479.

وبالنسبة للمدد الواجب تقديم الطلب خلالها فهي وكما أوضحته الفقرة الثانية من ذات المادة (90) يوماً تحسب بدءاً من تاريخ اكتشاف هذه الواقعة، على أن لا تزيد على ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم، وأما عن الإجراءات فهذا ما فصلته الفقرة الثالثة والرابعة من هذه المادة بقولها: "3- ويقدم الطلب إن أمكن ذلك الى المحكمة التي أصدرت الحكم، وفي حالة الاستحالة تشكل محكمة جديدة طبقا للقسم الثاني من هذا الباب. 4- وتستطيع المحكمة أن تؤجل تنفيذ الحكم إن رأت أن ذلك ضروريا لحين صدور قرارها، وإذا تضمن الطلب تأجيل تنفيذ الحكم، فإن التأجيل يكون مؤقتا لحين صدور قرار المحكم".

ومن جانبها تضمنت المادة (28) من قواعد غرفة التجارة الدولية، قيام أمانة المحكمة الدولية للتحكيم الملحقة بالغرفة الدولية، بإعلان الأطراف بنسخة من الحكم التحكيمي بعد إصداره مشترطة بأن تكون موقعة من أعضاء هيئة التحكيم، وذلك بعد تسديد الأطراف، أو أحدهم مصاريف التحكيم كاملة إلى غرفة التجارة الدولية، كما يتم إعلان نسخة من الحكم إلى الأطراف وفقاً للمادة (2/3) من قواعد غرفة التجارة الدولية.

ومن الملاحظ أن هذه المادة أخذت بقواعد التبليغ العادية لدى اشتراطها أن ترسل النسخة إلى آخر عنوان أدلى به الطرف، أو العنوان الذي أعلم به الطرف الآخر، " ويتم التبليغ إما تسليماً لقاء إيصال بالبريد المسجل، أو بواسطة البريد الخاص، أو الفاكس، أو التلكس، أو برقية، أو بأية وسيلة أخرى يمكن إثبات الإرسال بها وتؤكد أن الإرسال قد تم فعلا"[1].

الفرع الثالث: انتهاء ولاية هيئة التحكيم

كما هو الأمر بالنسبة للأحكام القضائية، فإنه يترتب على صدور الحكم التحكيمي عدم إمكانية النظر مرة أخرى في النزاع الذي عُرض على هيئة التحكيم[2]، ويشمل انتهاء ولاية هيئة التحكيم كافة الأحكام الصادرة من المحكمين أياً كانت طبيعة المسائل التي فصلت فيها، سواء أكان الحكم فاصلاً في نزاع موضوعي أو إجرائي. وبالنسبة للأحكام غير القطعية التي يصدرها المحكم تمهيداً للفصل في النزاع فإنه لا يترتب على صدورها استنفاذ سلطة المحكم ويبقى له الحق في الرجوع عنها أو تعديلها[3]، مما يعني (فيما خلا الحالات التي سبق الإشارة إليها حيث يمكن لأطراف النزاع إعادة الحكم لهيئة التحكيم بهدف تصحيحه، أو تفسير ما وقع فيه من غموض، أو

(1) الشرقاوي، محمود، التحكيم التجاري الدولي (دراسة قانونية مقارنة)، مرجع سبق ذكره، ص 448.
(2) سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 362.
(3) الحداد، خالد، التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق ذكره، ص129.

لاستكمال نقص انطوى عليه) فإن هيئة التحكيم ترفع يدها عن النزاع ولا يجوز لها النظر فيه مرة أخرى.

وعلى الرغم من عدم إيراد المشرع الأردني نصاً صريحاً يتناول هذا الأثر بشكل مباشر إلا أن الفقرة الأولى من المادة (44) من هذا قانون التحكيم أشارت - تحت عنوان "انتهاء إجراءات التحكيم" - لعدة حالات تنتهي بها إجراءات التحكيم، ومنها صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، أي عدم إمكانية استمرار نظر النزاع أو السير بأي إجراء من قبل هيئة التحكيم.

أما قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فقد تضمن نصاً صريحاً يتعلق بانتهاء ولاية هيئة التحكيم من نظر النزاع بصدور القرار التحكيمي، حيث جاء في المادة (1485) من القانون أنه "يخرج القرار التحكيمي القضية التي يفصل بها من يد الهيئة التحكيمية"، مع ضرورة الإشارة إلى أن الفصل المتعلق بالتحكيم الدولي من هذا القانون، أحال إلى هذه المادة ما يتعلق بصدور حكم التحكيم، وتعديل ما قد يعتريه من أخطاء مادية، أو عدم وضوح في تفسير الحكم، أو قصوره عن معالجة كافة جوانب النزاع، وهي استثناءات على رفع يد المحكمين عن نظر النزاع الذي صدر فيه قرار منهٍ للخصومة، والهدف منها استكمال و/أو إيضاح بعض الجوانب التي ترقى بالقرار التحكيمي لأفضل صورة يجب أن يكون عليها، وحفاظاً من المشرع على حقوق أطراف النزاع كون أن القرار يكتسب حجة الأمر المقضيّ به تجاههم.

ويتفق موقف اتفاقية واشنطن مع موقف المشرع الأردني في هذا المجال، حيث وصفت الاتفاقية (في الفقرة الأولى من المادة (49) تاريخ تسليم السكرتير العام للصورة الرسمية من حكم التحكيم، بأنه التاريخ الذي صدر فيه الحكم، ويستفاد من ذلك، وفيما خلا الاستثناءات الواردة في الفقرة الثانية من هذه المادة أو في المادة (50) و(51) من الاتفاقية المتعلقة بتصحيح وتفسير واستكمال الأحكام، انتهاء ولاية هيئة التحكيم من نظر النزاع بشكل نهائي.

بقي أن نشير في هذا المجال إلى حق المحكمين في الحصول على أتعابهم عند انتهاء إجراءات التحكيم، فإذا لم يتفق الأطراف والمحكمين على مقدارها، يتم تحديدها وفقا للمادة(41) من قانون التحكيم الأردني "بقرار من هيئة التحكيم، ويكون قرارها بهذا الشأن قابلاً للطعن أمام المحكمة المختصة، ويكون قرار المحكمة في هذه الحالة نهائياً"، وتعد مسألة تحديد أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم، وكيفية توزيعها بين الأطراف من مشتملات حكم التحكيم التي نصت عليها هذه المادة.

المطلب الثاني: آثار حكم التحكيم بالنسبة لأطراف النزاع

تتمثل آثار الحكم التحكيمي بالنسبة لأطراف النزاع في أمرين أولهما حجية حكم التحكيم على أطرافه، وهذا ما سنتناوله في (الفرع الأول)، وثانيهما التزام الأطراف بتنفيذ حكم التحكيم وهو ما سنعالجه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حجية حكم التحكيم على أطرافه

يكتسب حكم التحكيم حجية بالنسبة لأطراف النزاع وبمجرد صدوره، شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي، وتثبت هذه الحجية للحكم قبل إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، ومقتضى حجية الأمر المقضيّ به، أن يكون لطرف النزاع الذي صدر الحكم لصالحه أن يتمسك به، وبما يقررله من حقوق في مواجهة من صدر ضده، ولا يجوز لهذا الأخير أن يطلب طرح النزاع مرة أخرى أمام أي جهة قضائية أخرى، أو محكمة تحكيم[1].

وتعرف حجية الأمر المقضيّ بأنها: " قاعدة موضوعية مؤداها أن الحكم قد صدر صحيحاً من حيث الشكل، وعلى حق من ناحية الموضوع، بحيث يمتنع القضاء بشأن ما قضى به مرة ثانية إلا من خلال طرق الطعن، وبذلك فالحجية تعني أن المسألة التي فصل فيها الحكم لم تعد متنازعا عليها، ولا يجوز رفع دعوى بشأنها وإلا كانت غير مقبولة، أما إذا أريد ترتيب آثار على ما قضى به الحكم في هذه المسألة، فلا يسع القضاء سوى التسليم دون بحث مجدد"[2].

ويقصد بحجية القضية المقضية كما أوضحته المادة (1/41) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة (1952) وتعديلاته بأنها: " الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة، إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق النزاع بالحق ذاته محلا

---

(1) علي، غسان، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، مرجع سابق ذكره، ص 402.

(2) الحجار، حلمي (2002)، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ص 815.

وسبباً"[1]، وبهذا يكتسب الحكم عنما يصبح قطعياً قوة القضية المقضية بشأن الدعوى التي صدر بشأنها، بحيث لم يعد بالإمكان رفع دعوى جديدة متعلقة بالخصوم أنفسهم، وبالحق ذاته محلاً وسبباً بمقتضى نص المادة (1/111) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[2].

وتعد حجية حكم التحكيم المقضي على الأطراف من المبادىء المستقرة في أغلب التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية فيما يتصل بالعقود الدولية بشقيها الخاص أو الإداري فقد نصت المادة (48) من قانون التحكيم الأردني على أنه: " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، ولكن يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة في المواد (49)و (50) و (51) من هذا القانون"، وفي المادة (52) من القانون ذاته تناول المشرع مبدأ حجية أحكام التحكيم بقوله: "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه".

أوضح جانب من الفقه الفرق بين حجية الأمر المقضي به وقوة الأمر المقضي به، بأن الأولى هي عبارة عن قرينة قانونية يصبح الحكم من خلالها متى ما صدر صحيحا، "حجة فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلا وسببا، وهي بالتالي لا تقبل الدحض إلا بطريق من طرق الطعن، وتثبت هذه الحجية لكل حكم قطعي، سواء أكان نهائيا، أو ابتدائيا وجاهيا، أو بمثابة الوجاهي، أو وجاهيا اعتباريا، ولا تزول إلا بإلغائه أثر الطعن فيه"، غير أن قوة الأمر المقضي به، فهي درجة أكبر يصل إليها الحكم عندما يصبح غير قابل للطعن فيه إلا بطرق الطعن غير العادية [3].

---

(1) أنظر بهذا الخصوص قرار محكمة التمييز الأردنية الموقرة رقم (2016/4063) الصادر عنها بتاريخ 2017/1/26 (من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية) والذي جاء من ضمن ما جاء فيه: "لما كان الدفع بالقضية المقضية من النظام العام ويقتضي لتوافره أن تتوافر ثلاثة شروط مجتمعة وذلك وفقاً لمقتضى المادة (41) من قانون البينات وهي: - وحدة الخصوم بأن تكون الدعويان بين نفس الخصوم دون أن تتغير صفاتهم. - وحدة الموضوع بأن يكون محل النزاع هو ذاته في الدعويين. - وحدة السبب بأن يكون سبب النزاع واحداً في الدعويين".

(2) المصري، محمد (2003)، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية (دراسة مقارنة)، عمان دار قنديل للنشر والتوزيع، ط1، ص 304، وانظر كذلك ما ورد في المادة(1/111) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم(24) لسنة (1988) في صيغته المعدلة بموجب القانون رقم (14) لسنة (2001)، والقانون المعدل رقم (26)، لسنة (2002)، والقانون المعدل رقم (16) لسنة (2006) من أن " الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها أو بأي دفع آخر متصل بالنظام العام، يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء ذاتها.

(3) الزعبي، عوض (2010)، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، عمان، إثراء للنشر والتوزيع، ط2، ص 788.

وفي فرنسا أشار المشرع الفرنسي إلى حجية حكم التحكيم في الفقرة الأولى من المادة (1484)، من قانون الإجراءات الفرنسي، بقوله: " للقرار التحكيمي منذ صدوره حجية القضية المحكوم بها بالنسبة إلى النزاع الذي فصل فيه"، وتطبق أحكام هذه المادة على العقود الداخلية والدولية وعلى حد سواء، وهو أمر أوضحته الفقرة الرابعة من المادة (1506) من ذات القانون في الباب الثاني المعنون ب (التحكيم الدولي).[1]

وقد ميز الفقه الفرنسي في هذ المجال بين(autorité de la chose jugée) أي حجية القضية المحكوم بها و(force de la chose jugée) أي قوة القضية المحكوم بها فالحكم القضائي يحوز الحجية بمجرد صدوره، ولو كان يقبل الطعن فيه، هي إذا أثر للحكم القضائي أياً كانت قابليته للطعن، أما إذا كان الحكم لا يقبل الطعن فيه بالطرق العادية - أي الاعتراض أو الاستئناف-، فإنه سوف يحوز أيضا على قوة الأمر المقضيّ، وبناء عليه، إذا كان الحكم القطعي يعد حائزاً لقوة الأمر المقضي، فإن الحكم الابتدائي لا تتوافر فيه هذه الصفة رغم أن كلاهما حائز للحجية، ومن هذا يتضح أن نطاق الحجية لا يثبت إلا للحكم القضائي النهائي الذي يفصل في الحقوق، وهي لا تثبت لكل أجزاء الحكم القضائي، وإنما فقط لفقرته التحكيمية[2]، وهو أمر ينطبق بدوره على حجية حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري، إذ لا تسري هذه الحجية إلا في الجزء المحكوم به، والفاصل في الموضوع المتنازع عليه، لا في كل الأجزاء التي يدور حولها اتفاق التحكيم.

وكما هو معلوم، فإن الحكم يعتبر بموجب الحجية متضمناً لقرينة لا تقبل إثبات العكس وأنه صدر صحيحاً من حيث إجراءاته، وأن ما قضى به هو الحق من حيث الموضوع، وكما يتضح فالحجية قرينة ذات شقين، الأول قرينة الصحة والثاني قرينة الحقيقة، ولهذا قيل بأن "الحكم هو عنوان الحقيقة"[3]، ولا يجوز للمحكوم عليه أن يقدم ما ينفي الحكم ما دام أنه لم يجر إلغائه بالطريق القانوني، على أن هذا الأثر للحكم نسبي؛ أي أن أثره يقتصر على طرفي الدعوى اعتباراً من تاريخ صدوره[4]، وإن ما تقدم ينطبق بطبيعة الحال على أحكام التحكيم، إذ تحوز هذه الأحكام حجية

---

(1) أنظر ما ورد في المادة (1506) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وفقا لآخر تعديلاته لسنة (2011) والتي نصت على: "مع مراعاة أحكام هذا الباب، وما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، تطبق على التحكيم الدولي المواد:(.................4- (1479) و(1480) و(1481) و(1482) و(1484) (الفقرتين 1و2) و(1485) (الفقرتين 1و2) و(1486) المتعلقة بالقرار التحكيمي.

(2) عمر، نبيل، خليل، أحمد، (2004)، قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، ص 485 وما بعدها.

(3) ملكاوي، بشار، ومساعدة، نائل، (2008)، شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، عمان دار وائل للنشر، ط1، ص 205.

(4) الكيالي، محمود (2012)، أصول المحاكمات والمرافعات المدنية، المجلد الأول، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، ص 324.

الأمر المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية قائمة وممتدة طالما لم يتم إلغاء الحكم بالطرق القانونية، ولا يجوز للخصوم أن يأتوا بما يناقض هذه الحجية[1].

وعليه، فإن لحكم التحكيم أثران، الأول أثر سلبي يتمثل في عدم قبول إقامة دعوى مرة أخرى ممن صدر الحكم ضده بذات الخصوص الموضوع، وأثر إيجابي متمثل في حق من صدر حكم التحكيم لمصلحته باحترام كافة المحاكم لما قضى به ذلك المحكم[2]، ويشكل هذان الأثران مصدر التزام بالنسبة لأطراف النزاع منذ صدور الحكم، ويقع عبء هذا الالتزام على عاتق من صدر الحكم ضده في أغلب الأحيان، كما يلتزم الأطراف أيضاً بعدم عرض النزاع مرة أخرى على هيئة تحكيم أو على القضاء استناداً لحجية هذا النزاع، حتى وإن كان لهم الحق في الطعن بحكم التحكيم بإحدى الطرق القانونية، أو رفع دعوى بطلان حكم التحكيم[3].

ولما كان موضوع دراستنا يتمحور حول أثر حجية حكم التحكيم على أطراف النزاع في العقود الإدارية الاستثمارية الدولية، فلا بد من إيضاح ما ورد في اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والتي أكدت على حجية الحكم الصادر عن المركز بصورة لا تدع مجالا للتأويل، فحظرت استئناف الحكم أو الطعن به إلا في الحالات التي نصت عليها صراحة، وأوجبت على الأطراف الإذعان لمضمونه، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (53) من الاتفاقية: " يكون الحكم ملزما للطرفين، ولا يمكن استئنافه بأي طريقة، إلا في الحالات الواردة في هذه الاتفاقية، وكل طرف ملزم بتنفيذ الحكم طبقا لشروطه إلا في حالة تأجيل التنفيذ طبقا لأحكام هذه الاتفاقية".

من هنا تعتبر اتفاقية واشنطن متميزة في تأكيدها على إلزامية الحكم، بحيث أنها استبعدت أي استثناء إجرائي، أو تعلق الأمر بالنظام العام بما يمكن أن يعرقل تنفيذ الحكم في الدول الأطراف في الاتفاقية، وتطبق هذه القاعدة سواء كان قرار هيئة التحكيم جاء في مضمونه في غير مصلحة الدولة أو المستثمر الأجنبي، ويعتبر الحكم الصادر عن المركز حكماً قطعياً نهائياً واجب

---

(1) ناصيف، الياس (2012)، العقود الدولية والتحكيم الإلكتروني، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 ص 267 وما بعدها.
(2) الحداد، خالد، التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق ذكره، ص138.
(3) سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 172.

النفاذ، وكأنه صادر عن أحد محاكم الدولة العضو في الاتفاقية والتي يراد تنفيذ الحكم لديها[1] وذلك بحسب ما ورد في المادة (1/54) من هذه الاتفاقية[2].

ويلاحظ بأن حجية حكم التحكيم في مواجهة أطراف النزاع في العقود الإدارية الاستثمارية الدولية فيما يتعلق بالنظام العام تقتصر على الحالة التي يتمسك فيها أحد أطراف النزاع التحكيمي بحجية الحكم التحكيمي أمام القضاء أو هيئة التحكيم، واتبع المشرعان الأردني والفرنسي ذات التوجه حيث أنهما لم يجعلا مبدأ حجية التحكيم من النظام العام لأن اعتباره كذلك من شأنه منع الخصوم من الاتفاق على مخالفته وتخويل المحكمة أو هيئة التحكيم صلاحية أن يقضيا من تلقاء نفسهما بعدم جواز النظر في الدعوى التي سبق وأن تم الفصل فيها، أما عدم اعتبارها من النظام العام، فهذا يترتب عليه أنه يجوز للخصوم اللجوء إلى القضاء أو الاتفاق على اللجوء إلى هيئة التحكيم بهدف إعادة النظر في النزاع الذي سبق الفصل فيه، وبطبيعة الحال فإنه لا يجوز للقاضي أو لهيئة التحكيم أن يقضيا من تلقاء نفسهما برد الدعوى استناداً إلى حجية حكم التحكيم[3].

الفرع الثاني: التزام الأطراف بتنفيذ حكم التحكيم

من أهم الآثار المترتبة على حكم التحكيم التزام الأطراف بتنفيذه، إذ يتوجب على أطراف النزاع سواءً كان القرار التحكيمي ناشئاً عن اتفاق التحكيم بصورتيه الشرط أو المشارطة، نتيجة لما يترتب على هذا العقد من ضرورة تنفيذ مضمونه، وقد لخص الفقه هذا الالتزام بقولهم: " بما أن إرادة الطرفين هي الأساس في التحكيم؛ رغبة منهما في إيجاد حل لنزاعهما خارج القضاء فإنه يجب أن يلتزم طرفاه، وبعد صدور القرار التحكيمي بتنفيذ القرار المذكور الذي لا يختلف أثره عن أثر الحكم القضائي، وعلى هذا الأساس؛ فإن أثر القرار هو التزام الطرفين بتنفيذه ومن الممكن أن ينص على هذا الالتزام بشكل صريح من قبل الطرفين في الاتفاق على التحكيم وهذه الصيغة تستخدم كثيراً في العقود الدولية"[4].

ومعنى ذلك أنه بصدور حكم التحكيم فإنه لا يكون أمام أطراف العقد الإداري الدولي سوى تنفيذ حكم التحكيم، أو قيام من صدر الحكم لصالحه بإصدار أمر بتنفيذه من السلطات القضائية المختصة وإذا رفض أحدهما تنفيذه جاز للطرف الآخر التمسك به.

---

(1) حزبون، جورج، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 565.

(2) أنظر ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (54) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والتي جاء فيها: " يكون الحكم ملزما للطرفين ولا يمكن استئنافه بأي طريقة، إلا في الحالات الواردة في هذه الاتفاقية، وكل طرف ملزم بتنفيذ الحكم طبقا لشروطه إلا في حالة تأجيل التنفيذ طبقا لأحكام هذه الاتفاقية".

(3) البطوش، عبد الله (2014)، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، اطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة العلوم الإسلامية، عمان، الأردن، ص 182.

(4) سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 359.

وسنتناول التفاصيل المتعلقة بتنفيذ القرارات التحكيمية في العقود الدولية، وما يتصل بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية بنوع من التفصيل في الفصل الأخير من هذه الدراسة، ونكتفي هنا بإيضاح أهمية ووجوب تنفيذ حكم التحكيم من قبل أطراف النزاع حال صدور حكم التحكيم في النزاع الذي طرح على الهيئة التحكيمية.[1]

المطلب الثالث: أثر حكم التحكيم بالنسبة للغير

الأصل ألا يمتد أثر اتفاق التحكيم للغير، وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية أثر العقد[1]. واتفاق التحكيم شأنه شأن أي عقد يخضع لمبدأ النسبية المشار إليه، بحيث لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة من لم يكن طرفاً فيه، كما لا يمكن للغير أن يتمسك به في مواجهة من هم أطراف فيه وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأطراف، فالاتفاق على التحكيم وإن كان تصرفاً قانونياً بالنسبة لأطرافه، إلا أنه مجرد واقعة في مواجهة الغير[2].

لكن التساؤل يثور فيما إذا نشأ القرار التحكيمي عن اتفاق تحكيم مبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، الذي غالباً ما يكون شركة متعددة الجنسيات، أو مجموعة شركات استثمارية كما هو الحال في عقد مطار الملكة علياء الدولي بين الحكومة الأردنية، وائتلاف شركات استثمارية فرنسية، فهل أن الطبيعة الخاصة لمثل هذا النوع من العقود، والذي كما أوضحنا سابقاً يندرج ضمن طائفة العقود الإدارية الدولية التي تجمع بين القطاعين العام والخاص الموسومة بالطابع الاستثماري، تسمح بأن يمتد أثر حكم التحكيم فيها للغير؟

في الواقع تم طرح هذا التساؤل في قضايا التحكيم التجاري الدولي بوجه عام، وفي قضايا منازعات الاستثمار بوجه خاص، وذلك فيما إذا كان اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات المتفرعة من شركة أم، أو من مجموعة الشركات متعددة الجنسيات، يسري على الشركة الأم أو على فروع شركات المجموعة التي تتمتع كل منها بشخصية قانونية مستقلة، ولكنها لم تكن طرفا في الاتفاق؟ وكانت الإجابة لدى الفقه بالإيجاب بقولهم: " نظراً لارتكاز أعمال مجموعات الشركات الاستثمارية متعددة الجنسيات، أو الشركات الاستثمارية ذات الفروع المتعددة، على الاستثمارات الدولية حيث تتولى إحدى هذه الشركات، أو الفروع إبرام الاتفاق، بينما تكون الشركة الأم، أو مجموعة الشركات هي التي قامت بالمفاوضات السابقة على العقد، كما قد تساهم في تنفيذه، أو تكون ضامنة للتنفيذ، مما يبعث على الاعتقاد أن الطرف الفعلي في العقد واتفاق التحكيم

---

(1) الجمال، مصطفي، وعبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق ذكره ص 481.

(2) الحداد، حفيظة، (2001)، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص 135.

ليس هو الذي قام بوضع توقيعه عليه وحده، ولكن يقوم إلى جواره الطرف الآخر القائم في الظل والذي أسهم بشكل فعلي في إبرام العقد، أو ضمان تنفيذه، أو ساهم في شأن تنفيذه"[1].

ويبدو أن أحكام القضاء وأحكام التحكيم ذهبت في ذات الاتجاه المذكور أعلاه حيث أكدت تلك الأحكام على فعالية اتفاق التحكيم والإقرار بامتداد هذا الاتفاق، ليشمل الشركة الأم وفروعها التي تم إنشائها لأغراض مشروع معين ولك في حال أن إبرام أحد هذه الفروع عقداً تضمن اتفاق على التحكيم على الرغم من تمتعه بشخصية قانونية مستقلة عن الشخصية القانونية للشركة الأم أو فروعها، وعلى الرغم أيضاً من عدم توقيع الشركة الأم على ذلك الاتفاق، وذلك في حال ما تبين للمحكمة أو لهيئة التحكيم أن الشركة المتعاقدة التي تتمتع بشخصية معنوية مستقلة والتي نشأت كفرع من مجموعة شركات متعددة الجنسيات إلا بشكل صوري بغية تنفيذ استثمار في الدولة المضيفة، وأن المتعاقد الحقيقي كان هو الشركة الأم أو شركة أخرى من المجموعة لم توقع على الاتفاق، ومثال ذلك حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 1988/11/30 في قضية Korsanas Marma والذي أكدت فيه المحكمة على أن "شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يتمتع بالصحة والفعالية الذاتية، التي تقتضي مد تطبيقه وإعماله على الأطراف المعينة مباشرة، بتنفيذ العقد المدرج فيه هذا الشرط والمنازعات الناشئة عن تنفيذه، وذلك بمجرد التحقق من أن مكانتها ونشاطها يفترضان أنها كانت عالمة بوجود شرط التحكيم ومضمونه، على الرغم من عدم توقيعها على العقد الذي نص على هذا الشرط"[2].

وتأكد هذا الاتجاه أيضاً في قضية تم عرضها على مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، إذ أعلنت هيئة التحكيم في هذه القضية: "أن هذه الاتجاهات في أحكام التحكيم (الخاصة بامتداد شرط التحكيم) لم تظهر إلا في التحكيمات الدولية، وخاصة في النزاعات الخاصة بالشركات متعددة الجنسيات، التي تكون مجموعة اقتصادية واحدة، وتنفذ عملياتها التجارية والاستثمارية في البلاد المختلفة تحت ستار الشركات الفرعية التي تكتسب جنسيات الدول، التي يجري النشاط فيها، حيث ينظر إلى اكتسابها لجنسية الدولة على أساس أنه عامل يساعدها على مباشرة نشاطها وييسره لها، ولا يكون كيانها القانوني المستقل إلا ستاراً يمكنها من أداء النشاط المذكور في سهولة، ويسر في البلد الذي اكتسبت جنسيته"[3].

---

(1) أبو العنين، محمد، (2002)، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في منازعات بعض القوانين الخاصة بعنوان "الاتجاهات الدولية الحديثة في التحكيم والتوفيق"، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ص 5.
(2) الأسعد، بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ذكره، ص 423.
(3) المرجع ذاته، ص 424.

الفصل الثالث

تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية

إن الهدف من اللجوء إلى القضاء أو التحكيم عموماً هو استيفاء الحق، والأصل أن يتم تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بشكل اختياري، كون هذا النظام (أي التحكيم) هو إحدى الوسائل الاتفاقية التي يتم اللجوء إليها أساسا بصورة رضائية، لفض منازعات العقود الإدارية الدولية غير أنه قد يتعذر في بعض الأحيان تنفيذ حكم التحكيم بهذه الطريقة مما يستوجب اللجوء للقضاء، وهو ما يعرف بنظام الأمر بالتنفيذ في إطار أحكام التحكيم الأجنبية، ويخضع هذا النظام لاعتبارين أساسيين وهما: مراعاة المصلحة الوطنية من خلال الإشراف والرقابة على أحكام المحكمين الأجنبية، والتقليص من صلاحيات المحكمة المختصة في مراجعة موضوع النزاع[1].

وعليه، فإن هذا الفصل سيعالج الملامح العامة لطرق تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في موضوع نزاع متفرع عن عقد إداري دولي استثماري، وفقا للاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية وقد تم تقسيمه إلى مبحثين، يتناول أولهما آلية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في حين يتناول المبحث الثاني حالات الامتناع عن تنفيذ أحكام التحكيم.

---

(1) عبيدات، مثقال (1999)، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية عمان، الأردن، ص 57.

المبحث الأول

آلية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

وسنتناول في هذا المبحث آلية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفي ثلاثة مطالب تعالج على التوالي: التنفيذ الرضائي لأحكام التحكيم الأجنبية، والالتزام بتنفيذ حكم التحكيم، والنفاذ الدولي المباشر لحكم التحكيم.

المطلب الأول: التنفيذ الرضائي لأحكام التحكيم الأجنبية

لقد ألزمت الفقرة الأولى من المادة (54) من اتفاقية واشنطن الدول الأعضاء فيها بتنفيذ الأحكام الصادرة عن المركز وكأنها صادرة عن أحد محاكم الدولة العضو في الاتفاقية، إذ نصت على أنه:"تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذى صدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التى يفرضها الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادرا من محكمة محلية، وعلى الدولة المتعاقدة التى تتبع النظام الفيدرالي ضمان تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفيدرالية، وأن تلزم هذه المحاكم بمعاملة هذا الحكم كحكم نهائي صادر من محاكم أحد الدول الفيدرالية".

أما اتفاقية نيويورك لسنة (1958) بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فقد فرقت في المادة (1/1) منها بين أحكام التحكيم الوطنية، وأحكام التحكيم الأجنبية معتمدة على مكان صدور الحكم، بقولها: " 1-ينطبق هذا الميثاق على الأمور التي تتناول الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في الدول غير الدولة التي يراد تنفيذ تلك القرارات لديها والناشئة عن المنازعات القائمة بين الأفراد، طبيعية كانت أم قانونية، وينطبق أيضا على قرارات التحكيم التي لا تعتبر قرارات محلية لدى الدولة المراد تنفيذ تلك القرارات لديها".

وبهذا إذا لم يكن تنفيذ حكم التحكيم الإداري الدولي خاضعا لقانون التحكيم الأردني، ولا لإحدى الاتفاقيات الدولية المذكورة سابقا، والتي أشرنا بأن الأردن من الدول المنضمة إليها وبأن مرتبتها تعلو على مرتبة القانون الداخلي، فإنه يصار لتنفيذ قانون الأحكام الأجنبية الأردني رقم (8) لسنة (1952)، إذ أوضحت المادة الثانية من هذا القانون المقصود بعبارة "الحكم الأجنبي" بأنه " كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الأردنية الهاشمية (بما في ذلك المحاكم الدينية) يتعلق في إجراءات حقوقية، ويقضي بدفع مبلغ من المال، أو الحكم بعين منقولة، أو تصفية حساب، ويشمل قرار المحكمين في إجراءات التحكيم إذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلا للتنفيذ، كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور".

وفي فرنسا خصص المشرع الفرنسي فصلاً خاصاً للحديث عن القرارات التحكيمية الدولية في قانون الإجراءات المدنية، تناول فيه الاعتراف بتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج أو في مجال التحكيم الدولي وتنفيذها.

وبصدور حكم التحكيم مستوفيا لشروطه الشكلية والقانونية التي أشرنا إليها سابقا، فإنه يتوجب على الطرف الذي صدر الحكم ضده الالتزام بتنفيذ ما ورد في الحكم طواعية، وبمحض إرادته استنادا لمبدأ حسن النية الذي يغلب على معظم القرارات التحكيمية المتضمنة فض النزاعات الناشئة عن العقود الدولية، وفي الحالات التي يتعذر فيها تنفيذ حكم التحكيم بصورة رضائية، لا يستطيع الشخص الذي صدر الحكم لصالحه اللجوء لذات الجهة التي أصدرته، بغية الحصول على أمر بالتنفيذ الجبري إذ تعد هذه المسألة من صلاحيات القضاء، وهو أمر ينطبق على كافة العقود الدولية ومنها العقود الإدارية ذات الطابع الاستثماري، فلا بد من سلطة قضائية تتولى تنفيذ حكم التحكيم، والأمر بالتنفيذ الجبري هو: " الإجراء الذي يصدر من السلطة القضائية في الدولة بما لها من ولاية عامة على التنفيذ الجبري لجميع الأحكام الصادرة من المحاكم، والصادرة من المحكمين".[1]

ومما لا شك فيه أن ضمان تنفيذ حكم التحكيم هو المرحلة الأهم في العملية التحكمية خاصة في مجال العقود الدولية، ومن هنا فقد ورد في المادة (52) من قانون التحكيم الأردني لسنة (2001) أن: " أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون تحوز حجية الأمر المقضيّ به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه"، كما أضفت الفقرة الثانية من المادة (1484) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي صفة التنفيذ المعجل على القرار التحكيمي وهو أمر على قدر عال من الأهمية من وجهة نظرنا، كونه يمنح القرار التحكيمي صفة الاستعجال بالتنفيذ، وهي سمة تتوافق والحكمة من اللجوء للتحكيم وفعالية هذا النظام في حل المنازعات الدولية على وجه من السرعة وبصورة رضائية، أضف إلى ذلك أن هذا النهج من شأنه تشجيع المستثمر في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والتي يمكن أن تساهم في إنشاء وتطوير البنية التحتية في العديد من دول العالم.

وعلى الصعيد الدولي فقد أكدت العديد من الاتفاقيات الدولية على هذه المسألة، ومن قبيل ذلك ما جاء في المادة (53) من اتفاقية واشنطن من أنه:" يكون الحكم ملزما للأطراف ولا يكون قابلا للاستئناف أو لأي طعن آخر فيما عدا ما نص عليه في هذه الاتفاقية، ويجب على كل طرف أن يلتزم بالحكم ويتقيد ببنوده إلا بالقدر الذي تم فيه توقيف تنفيذ الحكم طبقا لأحكام هذه الاتفاقية"

(1) هند، حسن، التحكيم في المنازعات الإدارية دراسة قانونية، مرجع سابق ذكره، ص 133.

وبهذا ضمنت اتفاقية واشنطن الفعالية الدولية لأحكام التحكيم من خلال نصوصها القانونية، التي تضمنت نظاما مستقلا ومبسطا بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم المشكلة وفقا للاتفاقية.

كما أشارت الفقرة الثانية من المادة (34) من قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة لسنة (2010)، إلى أن كل قرارات التحكيم تصدر كتابة، وتكون: "نهائية وملزمة للأطراف وينفذ الأطراف كل قرارات التحكيم دون إبطاء".

المطلب الثاني: الالتزام بتنفيذ حكم التحكيم

يتضمن موضوع الالتزام بتنفيذ حكم التحكيم محورين، أولهما: حجم التنفيذ الرضائي وثانيهما: دوافع هذا التنفيذ، وبالنسبة للمحور الأول فإن الإحصائيات تشير إلى أن تنفيذ أحكام التحكيم على صعيد العقود الدولية التي تكون الدولة فيها ممثلة بأحد هيئاتها، أكبر بكثير من حالات التحكيم على الصعيد الفردي، وإن الأمر يزداد إذا ما تعلق بتحكيم خاص، لأن إجراء الإحصائيات في إطار مؤسسة أو مركز تحكيمي أقل تعقيداً من التحكيم الخاص، حيث من الممكن السيطرة على العمليات التحكيمية التي تتم في نطاق المراكز التحكيمية، وتؤكد الأرقام على أن (90%) من الأحكام التحكيمية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)-على سبيل المثال- قد تم تنفيذها برضى أطراف العقد[1].

وعن دوافع التنفيذ الاختياري، فإننا نرى بأن أهم هذه الدوافع هي رغبة الطرف الخاسر في تلافي ما قد يلحقه من عقوبات، قد تفرضها عليه هيئة التحكيم أو الجهات القضائية حال امتناعه عن تنفيذ حكم التحكيم باختياره، مما يعني أن هذا الرضى لا يأخذ المفهوم الدقيق للرضى المعتد به، بل هو رضى من نوع خاص يختار صاحبه اللجوء إليه لدى موازنته بين القبول بتنفيذ حكم التحكيم ونتائج امتناعه عنه، فيختار الحل الأول دون الثاني.

وكما هو معروف في مجال العقود الدولية الإدارية التي تكون الدولة أحد أطرافها، فإن المسألة تزداد حساسية وتعقيدا إذا ما امتنع أحد الأطراف عن تنفيذ حكم التحكيم؛ حرصا على حماية محل العقد وهو المرفق العام، إذا ما صدر الحكم لصالح المستثمر، ورغبة من الدول في عدم إيقاف عجلة الاستثمار وتشجيعه في الدولة، وإذا ما صدر حكم التحكيم لصالح الدولة، فإن المستثمر ينفذ هذا الحكم طواعية لضمان استمرارية إبرام عقود دولية أخرى تعود عليه بالمنفعة

---

(1) مشار إليه لدى البحيري، عزت (1997)، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، ص 141.

وحفاظا على مكانته في الوسط الاستثماري، مضافا إلى ذلك تلافي آثار عدم تنفيذ حكم التحكيم التي غالبا ما تعود على صاحبها بضرر أكبر من تنفيذها رضائيا.

وأشار الفقه لحالة مرتبطة بهذه المسألة، أي إذا ما كان المحكوم له ليس راضياً تماما عن الحكم لأنه لم يف بكافة طلباته، إذ أن القاعدة العامة تقضي بقبول حكم التحكيم كيفما كان في هذه الحالة، باستثناء إذا كان الحكم مشوبا بعيب في الإجراءات، والسبب في ذلك يكمن في تحمل المحكوم له تبعة ما يسمى بالانتصار البيروسي، أي ذلك الفوز الذي يكلف غاليا، لأن الطرف المحكوم لصالحه إذا توصل إلى إبطال الحكم سيكون أمام خيارين كلاهما صعب، وهما إما البدء بإجراءات تحكيم جديدة، أو إقامة دعوى أمام القضاء، وبالنسبة للطرف المحكوم ضده، فقد يخشى أن يعتبر عدم التنفيذ من جانبه دليلا على وضع مادي سيء، مما قد يسبب له مشاكل في نطاق المعاملات التجارية وهو أمر يكثر تصوره في العقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري. [1]

ويترتب على عدم التنفيذ نوعين من الجزاءات في مجال العقود الدولية التي يتم حسم النزاعات المتفرعة عنها في إطار التحكيم المؤسسي، حيث من الصعب إمكانية تطبيق مثل هذه الجزاءات في مجال التحكيم الفردي أو الخاص، وتتمثل هذه العقوبات بنشر رفض التنفيذ من جهة، والحرمان من التعامل مع تلك الهيئات من جهة أخرى.

الفرع الأول: نشر رفض التنفيذ

تعتمد هذه الطريقة الكثير من المراكز التحكيمية، ومن أمثلتها، قواعد غرفة التجارة بستراسبورغ، ولجنة التحكيم لدى غرفة التجارة الفنلندية، وتأخذ بمثل هذا الجزاء العديد من العقود النموذجية التي تعقد تحت إشراف اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة حيث تقوم مثل هذه المؤسسات بنشر اسم المستثمر، أو المؤسسات الاستثمارية في مكان واضح في المقر الذي توجد به المؤسسة التحكيمية ومثالها غرفة تحكيم ليون، وتقوم كذلك بإعداد سجل يتضمن أسماء الممتنعين عن تنفيذ أي حكم تحكيمي، في النشرات الدورية التي تصدرها تلك المؤسسات يستطيع أي شخص الاطلاع عليها[2].

ونحن هنا نؤيد الجانب الفقهي الذي يرى خطورة مثل هذا الجزاء إذا ما كان الطرف الممتنع عن التنفيذ هو الدولة أو أحد مؤسساتها الرسمية، كونه سيعرضها لفقدان مصداقيتها في مجال العقود الدولية وبهذا يعزف المستثمر عن إبرام مثل هذه العقود مع الدولة خشية ضياع أمواله فيها

---

(1) البحيري، عزت، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص 144.

(2) عبد الهادي، عباس، وهواش، جهاد، (1982)، التحكيم (التحكيم الاختياري- التحكيم الإلزامي، التحكيم في المنازعات الدولية)، دمشق، المكتبة القانونية للنشر والتوزيع، ط1، ص 502.

لعدم ثقته بنتائج العملية العقدية، التي قد ينشأ عنها نزاع ما يستوجب إيجاد حل له بواسطة اللجوء للتحكيم، والذي يقتضي بطبيعة الحال تنفيذ هذا الحكم.[1]

الفرع الثاني: الحرمان من التعامل مع المؤسسات التحكيمية

يتمثل هذا الجزاء في حرمان الطرف الممتنع عن التنفيذ، الإفادة من المزايا التي تقدمها هذه المؤسسات، ومن اللجوء إلى أي تحكيم مستقبلي يجري في إطارها، وبهذا فإن الدولة الطرف في اتفاقية واشنطن ستقدم على تنفيذ أي قرار تحكيمي خاضع لمركز تسوية منازعات الاستثمار حتى تتمكن من الاقتراض من البنك الدولي للإنشاء والتعمير، وهذا ما جعل الفقه يجزم بأن أحكام اتفاقية واشنطن أحرزت تقدما في مجال تنفيذ العقود الدولية، خصوصا بالنسبة للمستثمر، حيث أصبحت الدولة تلتزم باحترام تنفيذ أحكام التحكيم طوعا؛ حفاظا على الآثار والمزايا التي تجنيها من ذلك على الصعيد المعنويّ والاقتصاديّ.[2]

وتقوم بعض المؤسسات التحكيمية بتعليق عضوية الممتنعين عن التنفيذ وحرمانهم من كافة الحقوق التي تقدمها، وقد يصل ذلك في بعض الأحيان إلى حد حرمان الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ أحكام التحكيم من دخول الأماكن التي تشرف عليها هذه المؤسسات مثل البورصة ويعمل بمثل هذا النوع من الجزاءات في بعض المؤسسات التحكيمية الإيطالية في (تورينو ميلانو جنوى).[3]

المطلب الثالث: النفاذ الدولي المباشر لحكم التحكيم

يطبق النفاذ الدولي المباشر لحكم التحكيم في الحالات التي تكون فيها الدولة أحد أطراف العملية العقدية، بينما يكون الطرف الأخر مستثمرا أجنبيا فيها، ويستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، وهو أمر تناولته اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وأتت هذه الاتفاقية بهذا النظام؛ حمايةً للمستثمر الأجنبي من تدخل محاكم الدولة الطرف في العقد في التنفيذ، الذي كان يؤدي في معظم الأحيان إلى رفض تنفيذ الحكم تحت ذريعة حصانة الدولة من التنفيذ على أموالها.

---

(1) عبيدات، مثقال، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 62.

(2) حزبون، جورج، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 566.

(3) عبد الهادي، عباس، وهواش، جهاد، التحكيم (التحكيم الاختياري- التحكيم الإلزامي، التحكيم في المنازعات الدولية) مرجع سابق ذكره، ص 503.

وبموجب هذا النظام، فإنه يتحتم على الدولة تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر في إطار الاتفاقية، واعتباره بمثابة الحكم الوطني الصادر عن محاكم تلك الدولة، وهذا ما جعل الفقه يصف هذا النظام بأنه:" نظام قانوني متكامل للإجراءات مستقل عن أي تدخل من جانب الأنظمة القانونية للدول، سواء كانت الدولة المضيفة للاستثمارات، أو الدولة التي ينعقد فيها اتفاق التحكيم، وبهذا اعتبرت اتفاقية واشنطن أن الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بموجبها بمثابة أحكام غير خاضعة كالأحكام الأجنبية، لعملية إشراف وتدقيق حول مضمونها، وهي بذلك تنسجم مع الحاجة العملية والاتجاه القضائي المستحدث في مجال التحكيم؛ لأن الكثير من القوانين الداخلية تخلو من نصوص وتنظيمات قانونية متكاملة تعالج التحكيم الدولي بوجه عام، وذلك الذي يشمل الدول أو مؤسساتها العامة من جهة، وأحد أشخاص القانون الخاص- خصوصا إذا كان شخصا أجنبيا- من جهة أخرى".[1]

ونحن نؤيد ما ذهب إليه هذا الجانب الفقهي، ونضيف على ذلك مسألة في غاية الأهمية وهي أن العقود الإدارية الدولية بصفتها إحدى طوائف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، التي تتمثل بوجود طرف أجنبي (مستثمر) تستوعب تطبيق هذا النظام عليها بصورة مباشرة، وقد بين نص المادة (54) من الاتفاقية مسألة النفاذ المباشر لأحكام التحكيم في العقود الدولية التي تكون الدولة أحد أطرافها، وإجراءات الاعتراف، وتنفيذ هذه الأحكام التي يجب على الطرف الذي يسعى لذلك، أن يُقدم للمحكمة أو السلطة الأخرى التي تكون الدولة قد عينتها لهذا الغرض، صورة عن الحكم مصادقاً عليها من قبل السكرتير العام، كما يجب على كل دولة متعاقدة، أن تخطر السكرتير العام بتعيين محكمة مختصة، أو سلطة أخرى لهذا الغرض، وبكل تغيير لاحق في مثل هذا التعيين.

ولا شك أن هذا النهج يضمن حماية للطرف الأجنبي في مثل هذه العقود، حيث أن التوازن في هذه العملية العقدية وإن بدى عادلا ومتوائما أكثر منه في العقود الإدارية الداخلية،التي تفرض فيها الدولة سلطاتها الخاصة على المتعاقد معها، إلا أننا نرى أن معيار دولية العقد لا يقلل من هذا الفرض كون الطرف الثاني هو مستثمر أجنبي، والدولة بحاجة لرأس المال والخدمات التي سيرفد بها المرفق العام، وبالتالي سيساهم في إنشاءه أو تسييره بانتظام واطراد وهي غايات الدول من هذه العقود؛ والمبرر في ذلك أن الدولة ولدى إبرامها هذه العقود فإنها تفرض رقابتها وسلطاتها على المتعاقد معها ما قبل التعاقد وحتى نهاية مدة العقد، وحتى إن لم يظهر ذلك في اتفاق التحكيم فإن الأمر يتضح في مضمون عقد الشراكة الأساسي بين الدولة والمستثمر.

(1) حزبون، جورج، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 569.

ونشير أخيراً إلى أنه وفي كثير من الأحيان قد يكون من الصعب تنفيذ حكم التحكيم الدولي إذ يتعرض المستثمر لصعوبات كبيرة إثر عدم تكافؤ موازين القوى ما بين الدولة والمستثمر بسبب تركز عناصر العلاقة ماديا في إقليم الدولة المحكوم عليها، فعادة ما تلجأ الشركة للبحث عن أموال المحكوم عليه التي تصطدم في معظم الأحيان بما يسمى بحصانة التنفيذ[1]، وهذا ما عجزت المادة (55) من اتفاقية واشنطن باعتقادنا عن تلافيه عندما نصت على أنه: " لا يجوز تفسير أحكام المادة (54) بشكل قد يمس بالقانون المعمول به في أي دولة يتعلق بحصانة الدولة، أو أية دولة أجنبية من التنفيذ".

---

(1) محمدين، جلال (2001)، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون طبعة، ص 89.

المبحث الثاني

حالات الامتناع عن تنفيذ أحكام التحكيم

وفقا للتوجه التشريعي الحديث فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فإن السلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ الحكم التحكيمي فيه تقوم بالتحقق من صحة هذا الحكم، ومدى مراعاة المبادئ الأساسية لحماية حقوق المتخاصمين، كما يتم التأكد من سلامة الإجراءات، وأن القرار لا يحتوي على ما يتعارض مع النظام العام، أما موضوع النزاع وأصله فهو خارج نطاق هذه الرقابة.[1]

وقد أوردت الاتفاقيات الدولية حالات رفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وما يهمنا بشكل خاص اتفاقية نيويورك واتفاقية واشنطن؛ كون الأردن من بين الدول المنضمة لهاتين الاتفاقيتين غير أن التشريعات الداخلية لم تتجاوز مسألة إيراد مواد قانونية تُعالج مسألة الامتناع عن تنفيذ الأحكام الأجنبية، ففي قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية أشار المشرع الأردني لحالات يمنع فيها تنفيذ الحكم الأجنبي بحكم القانون، مع التذكير بأن قانون التحكيم لم يتضمن نصوصاً تتعلق بأحكام التحكيم الدولية أو الأجنبية، سوى الإشارة العامة التي تضمنها نص المادة (3) من هذا القانون، أما قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فقد فصّل كل ما يتعلق بأحكام التحكيم الدولي وبالاعتراف بها وتنفيذها سواءً تلك الصادرة في فرنسا أو خارجها.

وسنعالج في هذا المبحث حالات الامتناع عن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، من خلال ثلاثة مطالب تعالج هذه الحالات في ضوء اتفاقية نيويورك (1958)، اتفاقية واشنطن (1965) والتشريعين الأردني والفرنسي.

المطلب الأول: حالات الامتناع في ضوء اتفاقية نيويورك (1958)

يكمن الهدف الأساسي الذي من أجله تم إبرام هذه الاتفاقية، في إيجاد وسيلة للاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، من خلال تحديد القواعد والأصول التي تطبق على الاعتراف والتنفيذ، والشروط اللازمة لخدمة هذه الغاية[2]، ووفقاً لما ورد في المادة الثالثة من هذه الاتفاقية فإنه:" تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم، وتأمر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الأقليم المطلوب إليه التنفيذ، وطبقا للشروط المنصوص عليها في المواد

(1) بني مقداد، محمد (2012)، المسلك السليم لإصدار وتنفيذ حكم التحكيم (دراسة نظرية تطبيقية مقارنة) عمان، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، ط1، ص 153.
(2) العنزي، ممدوح (2006)، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي (الأسباب والنتائج –دراسة مقارنة) بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، ص 315.

التالية، ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة، ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين".

غير أن الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية ذاتها، منعت رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالقرار التحكيمي، إلا إذا " قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

(أ) أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذى أخضعت له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذى صدر فيه الحكم.

(ب) أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحا بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

(ج) أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم، أو تجاوز حدودهما فيما قضي به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم، إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

(د) أن تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف، أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

(هـ) أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم، أو ألغته، أو أوقفته الهيئة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم".

وفي الفقرة الثانية من المادة ذاتها أباحت الاتفاقية " للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين، أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

(أ) أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أو

(ب) أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد".

وبهذا نلاحظ مرونة النص الذي سهلت اتفاقية نيويورك من خلاله، الاعتراف بصحة تنفيذ أحكام التحكيم الدولية بقولها: " ويجب أن لا تفرض على تنفيذ قرارت التحكيم التي ينطبق عليها هذا الميثاق، أية شروط تكون أكثر قسوة، أو رسوم تكون أعلى من الشروط والرسوم المترتبة

على تنفيذ قرارات التحكيم المحلية"، الأمر الذي حدا بجانب فقهي إلى وصف هذه الاتفاقية بأنها: "بمثابة حجر الزاوية في التحكيم الدولي، وبأنها من أهم الاتفاقيات التي أثرت في التشريعات الوطنية، وعملت على توحيد إجراءات الاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها، كما أنها مثلت إطارا قانونيا فريدا، وميزة لا خلاف حولها لتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية"[1].

وبالاستناد إلى المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، فيلاحظ بأن مطلعها تضمن عبارة تفيد عدم جواز الاعتراف بحكم التحكيم إلا وفقا لحالات معينة، وهذا يفيد بحد ذاته معنيين اثنين أولهما: حصر الحالات التي يجوز بها رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي، وبالتالي إمكانية طلب عدم تنفيذه، وثانيهما: أن الاتفاقية استعملت لفظ عدم الجواز لا الإلزامية، ما يعني إمكانية استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم من قبل قاضي التنفيذ، رغم توافر إحدى الحالات التي أوردتها المادة سابقة الذكر، وهذا ما دعا جانب من الفقه إلى القول بأن" "هذا التفسير ينسجم انسجاما كليا مع روح الاتفاقية، والحكمة من وضعها تسهيل تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ومنع أي طرف بدون وجه حق من إعاقة ذلك التنفيذ"[2].

ورغم وضوح هذا الطرح، إلا أننا نجد أن مطلع المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك قد اكتنفه الغموض، كما نجد أن الحكمة من صياغتها على هذا النحو، والتي تكمن في تسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية كما أوضحها الفقه غير مستندة على أساس قانوني دقيق، ويتجسد ذلك التناقض بين ما أشارت إليه الاتفاقية من حصر للحالات التي لا يجوز تعطيل تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أو عدم الاعتراف به إلا بتوافرها، وبين استعمال مصطلح الجواز لا الإلزام، وكما هو معلوم حيث يكون التناقض تضيع الحكمة من النص القانوني الذي تعد الإلزامية أهم سماته.

وفي ذات السياق أشار بعض الفقه قائلا: " إن غموض نص المادة(1/5)، قد أعطى محاكم التنفيذ أسبابا ومبررات لتفسير نصها طبقا لرغباتها أو توجهاتها، حتى اتضحت المشكلة أو تغيرت إلى إقرار الظروف، أو الأحوال التي يجب أن تمارس فيها محاكم التنفيذ سلطتها التقديرية، سواء لرفض تنفيذ أو قبول تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية.[3]

(1) سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 360.
(2) عبيدات، مثقال، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 100.
(3) الملاحمة، فراس (2010)، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لنص المادة (1/5/هـ) من اتفاقية نيويورك لعام (1658)، بحث منشور لدى مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول ص 20.

وتُقسم شروط رفض الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية الواردة في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك وفقا لمعيارين، يتضمن الأول منهما ما يقع عبء إثباته على الطرف المعارض أو الرافض لتنفيذ حكم التحكيم، بينما يتضمن الآخر ما يقع عبء إثباته على المحكمة المختصة.

أولاً: ما يقع عبء إثباته على الطرف المعارض

لقد تطرقت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية للحالات التي يتم فيها رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية، والتي تتعلق بشخص المعارض أو الرافض تنفيذ هذا الحكم، وهي على التوالي:

1. نقص أهلية أطراف النزاع

يستند التحكيم في الأساس على وجود اتفاق صحيح وقائم بين طرفيه، فإن اختل هذا الاتفاق لأسباب ترجع للقواعد العامة في بطلان العقود، وللقواعد الخاصة في التحكيم، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان العملية التحكيمية وبالتالي، رفض الاعتراف بحكم التحكيم، ومن القواعد الخاصة بالبطلان كما أشار إليها الفقه، بطلان الاتفاق إذا كان أحد طرفيه لا يملك حق التصرف بحقوقه، ويستوي في ذلك أن يكون شخصا طبيعيا أم معنويا، غير أن بطلان حكم التحكيم بسبب نقص أهلية الشخص الطبيعي، أو بسبب إبرام الاتفاق من شخص غير مفوض بالنسبة للشخص المعنوي، هو بطلان نسبي مقرر لمصلحتهما، فيجوز لأي منهما التنازل عنه صراحة أو ضمنا، كما لا يجوز للطرف الآخر التمسك بالبطلان ما دام الشخص الذي تقرر البطلان لصالحه قد تنازل عنه.[1]

وقد وضعت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك معيارا لنقص أهلية أطراف النزاع التي من الممكن أن يتذرع من خلالها الطرف الخاسر بعدم إمكانية تنفيذ الحكم أو عدم الاعتراف به مما يرتب بطلانه، وهو أن يكون أطراف الاتفاق عديمي الأهلية طبقا للقانون الواجب النفاذ على اتفاق التحكيم، ويضاف إلى هذا أن يكون الاتفاق غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم حال غياب النص على القانون الواجب التطبيق.

وقد أثار النص المشار إليه انتقادا فقهيا، على أساس أن مطلع المادة بدأ بعبارة انعدام أهلية الطرفين لإمكان رفض التنفيذ، مع أن المقصود بالنص هو أن نقص أهلية أحد طرفي اتفاق التحكيم بحد ذاته يعتبر سببا كافيا لرفض تنفيذ الحكم والاعتراف به.[2]

---

(1) حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق ذكره، ص433.
(2) ابراهيم، ابراهيم أحمد، (1986)، التحكيم الدولي الخاص، القاهرة، دارالنهضة العربية، ط1، ص 170.

ومن المسائل التي تثور في مجال انعدام الأهلية، أو نقصانها ما يتعلق بالدولة، أو من يمثلها من أشخاص عامة؛ كونها طرف في العملية العقدية الإدارية الدولية المنصبة على مرفق عام، مع الطرف الآخر وهو المستثمر الأجنبي، ومن اللافت للانتباه أن اتفاقية نيويورك لم تتطرق بنص واضح لهذه الحالة، ومع ذلك فإنه يمكن تفسير نص المادة (1/1) منها، بأنها تشمل المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة، أو أشخاصها العامة.[1]

2. عدم تبليغ الخصم واستحالة تقديم دفاعه

ينطبق على صحة التبليغ الأحكام القانونية العامة شأنها شأن ما يتعلق بالفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك المتعلقة بالأهلية، مضافا إليها ما ورد من أحكام خاصة تتعلق بكيفية تبليغ حكم التحكيم، وهو أمر بيناه سابقا، ولهذا نكتفي بإيراد الفقرة الثانية من المادة ذاتها والتي بينت سببا آخراً لرفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه وهو:" أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحا بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه".

ويتضمن هذا النص باعتقادنا نوعا من الموازنة بين حقوق كل من طرفي العملية التحكيمية من جهة، وشيء من التشدد من جهة أخرى نظرا لمرونته الواسعة، حيث تضمنت المادة عبارة "لم يعلم إعلاما صحيحا"، فحتى وإن ارتبطت صحة التبليغات بأطر قانونية واضحة، إلا أن هذا لا يمكن أن يستثني الفرض الذي من خلاله يستطيع الطرف الخاسر أن يتذرع بعدم صحة التبليغات رغبة منه في المماطلة في التنفيذ، أو التنصل منه أساسا.

أما عن حق الخصوم في تقديم دفاعهم، فإنه أحد الضمانات الأساسية للتقاضي التي لا يجوز لهيئة التحكيم تجاهلها، ولوضع هذا الحق موضع التنفيذ فإنه يتعين على هيئة التحكيم تمكين الخصوم من إبداء دفاعهم، ودفوعهم فيها، وإذا ما تعذر ذلك لسبب لا دخل لإرادة الخصم فيه، وصدر الحكم رغم ذلك لغير صالحه عُد ذلك الحكم باطلا.[2]

---

(1) أنظر الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك لسنة (1958) بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتي جاء من ضمن ما جاء فيها: " تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية كما تطبق أيضا على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام".

(2) عبد العزيز، خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، مرجع سابق ذكره، ص244.

3. الزيادة أو النقصان في طلبات الخصوم

وتظهر أهمية هذا الأمر إذا اتصل العقد محل النزاع التحكيمي بمرفق عام، وكان أحد أطرافه مستثمر أجنبي، لأن تجاوز حدود ما قضى به العقد في هذه الحالة يعني، كما نرى التسليم بحجة معارضي التحكيم في العقود الإدارية الدولية كونها تؤدي لتعطيل سيادة الدولة ولو في جانب بسيط منها، غير أن المادة(1/5/ج) من الاتفاقية أجازت رغم ذلك الاعتراف وتنفيذ جزء من القرار التحكيمي الخاضع أصلا للتسوية بطرق التحكيم، بشرط إمكانية فصله عن باقي أجزاء القرار غير المتفق على حلها بالتحكيم.

4. خلل في تشكيل هيئة التحكيم أوفي سلامة الإجراءات

يمّكن هذا السبب الطرف الخاسر من طلب رفض الاعتراف بحكم التحكيم لعدم سلامة تشكيل هيئة التحكيم، أو لعدم صحة الإجراءات المتبعة من قبل هذه الهيئة، وعلى نحو يخل بحسن سير العملية التحكيمية، ويستوي في ذلك أن لا تتطابق هذه الإجراءات مع ما اتفق عليه الأطراف أو مع قانون البلد الذي جرى فيه التحكيم وفقا لما تضمنته الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك.

5. عدم اكتساب القرار صفة الإلزام

تعني هذه الحالة، أن مجرد صدور قرار من السلطة المختصة بإبطال القرار التحكيمي أو إيقاف العمل به فقدان الحكم التحكيمي للإلزامية بالنسبة لأطرافه، وعدم إمكانية تنفيذه في البلد الذي صدر فيه، كما قد نكون أمام فرض آخر يتمثل بإيقاف العمل بالقرار التحكيمي كما بينته اتفاقية نيويورك، ويمكن تلافي هذه الحالة عندما يطلب إبطال القرار التحكيمي في بلد إصداره وتقوم السلطة قبل البت بطلب الإبطال بإصدار قرار مؤقت بإيقاف تنفيذ القرار لحين البت بطلب الإبطال،[1] وهذا ما تضمنه نص المادة السادسة من اتفاقية نيويورك لسنة (1958)[2].

---

(1) بني مقداد، محمد، المسلك السليم لإصدار وتنفيذ حكم التحكيم "دراسة نظرية تطبيقية مقارنة"،مرجع سابق ذكره، ص161.

(2) أنظر ما ورد في المادة السادسة من اتفاقية نيويورك لسنة (1958) بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتي نصت على أنه:" للسلطة المختصة المطروح أمامها الحكم – إذا رأت مبررا – أن توقف الفصل في هذا الحكم إذا كان قد طلب الغاء الحكم أو وقفه أمام السلطة المختصة المشار إليها في الفقرة (هـ) من المادة السابقة،ولهذه السلطة أيضا بناء على التماس طلب التنفيذ أن تأمر الخصم الأخر تقديم تأمينات كافية".

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجوز تنفيذ حكم تحكيم تم إبطاله في دولة الأصل، وذلك في حال كان قانون الدولة المطلوب فيها التنفيذ يجيزه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السابعة من اتفاقية نيويورك بقولها: " لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقية الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ".

ومن الأحكام القضائية التي تؤيد ما ذكر، حكم محكمة استئناف باريس عام (1991) الذي قررت فيه أن: " إبطال حكم التحكيم من قبل المحاكم السويسرية لا يعد مبررا لرفض التنفيذ في فرنسا"، واستندت المحكمة في ذلك على نص المادة (1502) من قانون المرافعات الفرنسي مراعية بذلك ما ورد في المادة السابعة من اتفاقية نيويورك[1].

وبتعديل قانون المرافعات الفرنسي بالاستناد للمرسوم الصادر بتاريخ (2011) تم تضمين الفصل الثالث منه - والمتعلق بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، أو في مجال التحكيم الدولي وتنفيذها – النص رقم (1514) والذي تضمن الاعتراف بالقرارات التحكيمية، أو تنفيذها في فرنسا وفقا لشرطين أولهما: أن يثبت الشخص الذي يتذرع بها وجودها. وثانيهما: أن لا يكون هذا الاعتراف أو التنفيذ مخالفا بصورة واضحة للنظام العام الدولي.

ثانياً: حالات الامتناع التي تقضي بها المحكمة

تضمنت الفقرة الثانية من نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك حالتين يمكن للمحكة المختصة أن ترفض من خلالهما الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه، وهما: حالتي عدم قابلية تسوية النزاع بالتحكيم، ومخالفة القرار التحكيمي للنظام العام.

1- عدم قابلية تسوية النزاع بالتحكيم

تعد هذه الحالة من الأساسيات الواردة في مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية مما يجعل من اتفاقية نيويورك موائمة لما جاء في النصوص الداخلية للدول المنضمة إليها فالمادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني لسنة (2001) تنص على عدم جواز الاتفاق على التحكيم إلا " للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

---

(1) مشار إليه لدى عبيدات، مثقال، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ذكره ص 129.

وبهذا فإنه يجوز للسلطة القضائية المختصة رفض تنفيذ حكم التحكيم وفقا لقانونها، ومما يساعد على تفسير ما ورد في الشق الثاني من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، القرارات القضائية التي أخذت بحكم ما جاء في هذا النص، فعلى الصعيد الدولي رفضت إحدى المحاكم الأمريكية تنفيذ قرار تحكيم صدر في سويسرا ضد الحكومة الليبية، يتضمن تعويض شركة أمريكية للنفط بسبب قرارات التأميم التي اتخذتها ليبيا، لكن ليبيا دفعت بتمسكها بالحصانة الدولية، غير أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع مشيرة إلى أن الاتفاق على التحكيم يفيد معنى التنازل أو رفع الحصانة.[1]

2- مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام

ينطبق على مخالفة النظام العام في القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ما ينطبق على عدم إجازة تسوية النزاع بواسطة اللجوء للتحكيم، وتتمثل هذه الحالة عندما تنتهك القواعد الأساسية في الأنظمة القانونية للدول، غير أن الاستناد على الفكرة الوطنية للنظام العام من شأنها إعاقة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بشكل كبير جداً، لأن المعيار الذي يؤخذ به من قبل الدول في تحديد ضوابط لتحديد ماهية هذا المفهوم مختلفة ومتشعبة، فما يعد نظاما عاما في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى، وكلها اعتبارات وطنية خالصة لا تتوافق مع الصفة الدولية والطابع الاستثماري للعقود الإدارية، ولا تلائم متطلبات التجارة الدولية التي أصبح التحكيم أهم دعائم تطورها، مما جعل الدول تأخذ بمفهوم أوسع من النظام العام الداخلي وهو ما يعرف بالنظام العام الدولي.[2]

ونحن نؤيد ذلك الجانب من الفقه الذي يرى بأن الأخذ بفكرة بالنظام العام الدولي لا ينتزع الصفة الوطنية عنه بشكل كامل، فالمقصود بالنظام العام الدولي هو " النظام الذي ينظر إليه القاضي الوطني، وبالتالي فإن هذا يعني عدم وجود نظام عام دولي أردني، وآخر فرنسي وآخر إنجليزي، والسبب في ذلك؛ عدم وجود قواعد تعمل على توحيد الآراء الوطنية في هذا المجال".[3]

وهذا التفسير المنطقي أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ (1994/10/14) والذي تضمن من ضمن ما جاء فيه: " لا تستبعد المنازعة من الخضوع للتحكيم لمجرد أن وجود تنظيم يتصل بالنظام العام يتعين تطبيقه على العلاقة القانونية المتنازع عليها، ففي المنازعات الدولية يفصل المحكم في مسألة اختصاصه بشأن قابلية المنازعة للفصل

---

(1) مشار إليه لدى بني مقداد، محمد، المسلك السليم لإصدار وتنفيذ حكم التحكيم "دراسة نظرية تطبيقية مقارنة" مرجع سابق ذكره، ص 164.

(2) البحيري، عزت، تنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص 338.

(3) ترو، مصطفى أحمد، (1992)، سلطة المحكم الدولي في تطبيق القواعد القانونية على موضوع النزاع، دون دار نشر ومكان نشر، ط1، ص233.

فيها بواسطة التحكيم، من ناحية تعلقها بالنظام العام الدولي، ويملك السلطة في تطبيق المبادىء والقواعد المتعلقة به وأيضا توقيع الجزاء على المخالفة المحتملة لهذه القواعد، وكل ذلك تحت رقابة القاضي الذي يطعن أمامه بالبطلان."[1]

ويلاحظ من هذا الحكم القضائي أن كلا من المشرع والقضاء الفرنسيين قد استعاضا عن مفهوم النظام العام الداخلي في العقود الإدارية الدولية بمفهوم النظام العام الدولي، وهو ما تناولته كذلك العبارة الأخيرة من نص المادة (1514) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لسنة (2011)، ونحن نرى أن في هذا التوجه حكمة قانونية عظيمة هدفها المحافظة على المراكز القانونية لطرفي العقد الذي يمثل أحدهما الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام، بينما يكون الطرف الآخر مستثمرا أجنبيا ترغب الدولة في استقطاب رأس ماله لخدمة مرافقها العامة سواء تمثلت بإنشائها، أو تسييرها، أو تطويرها، وحتى لا يكون منع اللجوء للتحكيم عائقا من إبرام مثل هذا النوع من العقود.

وأخيراً، وفي سياق الحديث عن مخافة النظام العام الدولي، فلا بد من الإشارة لضرورة التفرقة ما بين التنفيذ على أموال سيادية أو على أموال تجارية، وقد سبق وأن تعرض القضاء الفرنسي لهذه الحالة في حكم يعود تاريخه إلى(1981/1/13) والصادر عن المحكمة الكلية في باريس في قضية بنفنوتي ضد حكومة الكونغو، حيث رفضت المحكمة تنفيذ الحكم التحكيمي معللة رفضها بأن الشك يدور حول الأموال التي سيتم التنفيذ عليها في فرنسا، وهل أنها تستخدم في أنشطة سيادية أم تجارية، فلا يمكن للمحكمة أن تمنح أمر التنفيذ على أموال سيادية مثل حسابات السفارات بالبنوك، كما رفض القضاء الفرنسي كذلك التنفيذ على الأموال التابعة لمؤسسات الدولة مباشرة، مبررا رفضه بأن شخصية الدولة غير شخصية المؤسسة التي تتبعها.[2]

المطلب الثاني: حالات الامتناع في ضوء اتفاقية واشنطن 1965

تعد اتفاقية واشنطن الأكثر تميزا بين الاتفاقيات الدولية التي أبرمت لتشجيع الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وذلك لاعتمادها على أسلوب المراجعة الداخلية لحكم التحكيم دون إعطاء دولة التنفيذ الحق في تلك المراجعة، كما توجب على الدول المنضمة إليها الاعتراف بالحكم وتنفيذه كأنه حكم قضائي نهائي صادر عن محاكمها، وهو ما يطلق عليه الفقه بالنفاذ الدولي

(1) مشار إليه لدى الحداد، حفيظة، (1994)، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، ص 154.

(2) مشار إليه لدى ضيا، ليندا، خصوصية التحكيم في حل المنازعات المتصلة بالاستثمار وفقا لمعاهدة واشنطن (1965)، مرجع سابق ذكره، ص 133.

المباشر لحكم التحكيم[1]، حيث أوضحته المادة (54) من هذه الاتفاقية بقولها: "يكون الحكم ملزما للطرفين ولا يمكن استئنافه بأي طريقة إلا فى الحالات الواردة فى هذه الاتفاقية وكل طرف ملزم بتنفيذ الحكم طبقا لشروطه إلا فى حالة تأجيل التنفيذ طبقا لأحكام هذه الاتفاقية"[2].

ومن جهة أخرى تلافت اتفاقية واشنطن النقص الحاصل في اتفاقية نيويورك، من حيث اعتمادها الدولة أو إحدى مؤسساتها طرفا في العقد الدولي الاستثماري الذي يثور بصدده نزاع مُحال للتحكيم، وهي ميزة أخرى لاقت من خلالها اتفاقية واشنطن استحساناً كبيراً على الصعيد الدولي، ولدى جمهور المستثمرين وأصحاب رؤوس الأموال، إذ أصبحت هذه الاتفاقية بمثابة ضمانة هامة لحماية استثماراتهم وتنمية مرافق الدول وتطويرها [3].

وبالنسبة للأحكام التحكيمية التي تقبل الطعن بالبطلان في ضوء اتفاقية واشنطن، فلا بد أن تكون أحكام فاصلة في المنازعة، أما تلك الصادرة عن هيئات التحكيم، وتكون فاصلة في مسألة من اختصاصها، فإنها لا تقبل الطعن بصورة مستقلة، وهذا ما دفع الأمانة العامة للمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار قيد الطلب، والذي كانت قد تقدمت به الحكومة المصرية في نزاع بينها وبين إحدى الشركات، طالبة الطعن ببطلان في الحكم التمهيدي بشأن الاختصاص وعللت الأمانة رفضها على اعتبار أن القرار الصادر من هيئة التحكيم لا يعتبر حكما تحكيميا مدرجا ضمن أسباب البطلان الواردة في المادة (52) من اتفاقية واشنطن.[4]

(1) عبيدات، مثقال، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 71.

(2) أنظر كذلك ما ورد في المادة (54) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة (1965)، والتي ألزمت الدول المنضمة إليها الامتثال بتنفيذ الحكم طبقا لشروطه إلا في حالة تأجيل التنفيذ طبقا لأحكام هذه الاتفاقية بقولها: " 1-تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذى صدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التى يفرضها الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادرا من محكمة محلية، وعلى الدولة المتعاقدة التى تتبع النظام الفيدرالي ضمان تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفيدرالية، وأن تلزم هذه المحاكم بمعاملة هذا الحكم كحكم نهائي صادر من محاكم أحد الدول الفيدرالية.
2-على الطرف الذى يرغب فى الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه على أرض الدولة المتعاقدة أن يقدم صورة طبق الأصل معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى سلطة أخرى تحددها الدولة المذكورة لهذا الغرض وعلى كل دولة متعاقدة أن تخطر السكرتير العام بالمحكمة المختصة أو الجهات التى تحددها لهذا الغرض وبكل التغييرات التى تطرأ فى هذا الشأن
3-ويحكم تنفيذ الحكم القوانين السائدة الخاصة بتنفيذ الأحكام القضائية فى الدولة التى ينفذ فيها الحكم.

(3) أنظر ما ورد في الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة (1965)، والتي جاء فيها: " يمتد الاختصاص القانونى للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة (أو أي إقليم فرعى أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق أن عينته الدولة المتعاقدة إلى المركز) وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة،وبشرط أن يوافق طرفى النزاع كتابة على تقديمها للمركز، وعندما يعطي الطرفين موافقتهما لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الأخر.

(4) مشار إليه لدى العنزي، ممدوح، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي (الأسباب والنتائج –دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص 318.

وتتلخص أهم أسباب الامتناع عن تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقا للمادة (52) من اتفاقية واشنطن بما يلي:

" يجوز لأي طرف من الطرفين أن يقدم طلبا كتابيا إلى السكرتير العام لإلغاء الحكم لأي سبب من الأسباب الآتية:

(أ) خطأ فى تشكيل المحكمة.

(ب) استعمال المحكمة سلطة زائدة عن اختصاصاتها.

(ج) عدم صلاحية عضو من أعضاء المحكمة.

(د) إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات المحكمة.

(هـ) فشل المحكمة فى ذكر الأسباب التى بنى عليه.

1- خطأ فى تشكيل المحكمة

تتعلق هذه الحالة عادةً بأشخاص المحكمين والشروط الواجب توافرها بهم، والنصاب القانوني لانعقاد محكمة التحكيم بصورة سليمة، كأن يكون عدد المحكمين فردياً، وهي أمور عالجناها في الفصل الثاني من هذه الدراسة، لذا نكتفي بالإشارة إلى أن أي خطأ يتعلق بتكوين المحكمة من حيث تشكيلها يعد سببا من أسباب الطعن بإلغاء الحكم التحكيمي، وفقاً لنص المادة المذكورة أعلاه، وهو أمر ينسحب بالعادة على كافة الأحكام القضائية؛ لأن أي خلل في تكوين المحكمة هو سبب رئيسي للطعن في الحكم.

2-استعمال هيئة التحكيم سلطة زائدة عن اختصاصها

من أهم أسباب رفض حكم التحكيم الأجنبي تجاوز هيئة التحكيم لسلطاتها وصلاحياتها ويظهر هذا التجاوز إما من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، فمن حيث الشكل قد تخالف الهيئة إجراءات التحكيم المتفق عليها من قبل الأطراف، ومن ضمنها القانون الواجب التطبيق وعلى النحو الذي سبق بيانه في الفصل الثاني من هذه الأطروحة، أما من حيث الموضوع فإن هذا التجاوز يظهر غالبا عند الفصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم وعندما يتجاوز الحكم طلبات الخصوم.[1]

(1) حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق ذكره، ص 440.

وقد يتخذ أيضا تجاوز المحكمة التحكيمية لسلطاتها شكلا سلبيا، وذلك عند امتناعها عن تنفيذ مهامها المنوطة بها، وهذا ما أوضحته مجلة القانون الدولي[1] لدى إدراجها لإحدى أهم الأحكام الحديثة الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والذي قضى به بشأن المنازعة التي قامت بين شركة (Aguas De Aconquiga S.A et Vivendi compania de) Universal c /republique Argentine والأرجنتين بالبطلان لمصلحة المدعية ضد الأرجنتين بتاريخ (2002/7/3)، معللا قراره بتجاوز محكمة التحكيم لصلاحياتها بصورته السلبية (exces de pouvoir negative)، كون أن المحكمة لم تقم في هذه القضية بفحص مطالب المدعية الأساسية المتعلقة بالعقد المبرم بيها وبين الأرجنتين.[2]

وفي قضية أخرى طعنت شركة (Klockner) في حكم التحكيم الصادر لمصلحة حكومة (الكاميرون) في النزاع المتفرع عن العقد الدولي الاستثماري بينهما، والذي تعهدت به الشركة ببناء مصنع لتصنيع الأسمدة لقاء قيام حكومة الكاميرون بدفع ثمنه، غير أن المصنع لم يُحقق الغاية من إنشاءه، وعجز عن تغطية ما يزيد عن (30%) من حجم الإنتاج المتوقع منه وفقا لاتفاق الاستثمار، وطالبت شركة (Klockner) إبطال حكم التحكيم الصادر عن محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث تقدمت بهذا الطعن أمام اللجنة المؤقتة التابعة للمركز التي قررت إبطال الحكم بشكل كلي تأسيساً على أن محكمة التحكيم قد تجاوزت سلطاتها في الحكم في القضية بناء على مبادئ العدالة، لا بالاستناد للقانون الفرنسي الواجب التطبيق على موضوع النزاع، واكتفت محكمة التحكيم بافتراضها أن القانون الفرنسي يأخذ بهذه المبادىء وبالنتيجة تم إلغاء حكم التحكيم بأكمله.[3]

---

(1) Journal de droit International. Clunte. 2003.P.150

(2) مشار إليه لدى ضيا، ليندا، خصوصية التحكيم في حل المنازعات المتصلة بالاستثمار وفقا لمعاهدة واشنطن (1965)، مرجع سابق ذكره، ص 134.

(3) مشار إليه لدى محمدين، جلال، (2001)، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون طبعة، ص 71،72، أنظر أيضا المادة (18) من العقد المبرم بين حكومة الكاميرون ومجموعة شركات KLOCKNER الألمانية والذي يظهر التناقض الواضح بين ما ذهبت إليه لجنة التحكيم فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والتي نصت على أن " تتفق الأطراف المتعاقدة على كيفية الفصل في المنازعات الناشئة عن صحة وتفسير أو تطبيق شروط البروتوكول، وفي حالة عدم الاتفاق، فإن هذه المنازعة يتم الفصل فيها وفقا لإجراءات التحكيم المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية لفض المنازعات الناشئة عن البنك الدولي للإنشاء والتعمير (ICSID)"،مشار إليه لدى أبو حلو، شادي، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وفقا لاتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة العالمية، مرجع سابق ذكره، ص 228.

3-عدم صلاحية عضو من أعضاء المحكمة

ترتبط عدم صلاحية أحد المحكمين المكونين للمحكمة بصلاحية الحكم الصادر عنها أو بطلانه، وقد سبق لنا بيان ذلك عند معالجتنا لتكوين هيئة التحكيم وصفاتهم وضرورة توافر الأهلية لديهم، اعتماداً على معيار الشخص المتمرس ذو الخبرات القانونية والمهارات العملية العالية خاصة إذا ما تعلق موضوع النزاع الذي تنظره هذه الهيئة بعقد إداري دولي استثماري، نظرا لحساسية مثل هذا النوع من العقود وأهميتها بالنسبة للدول وأشخاص المستثمرين.

4- إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات المحكمة

ويتضمن هذا السبب وجود إهمال على درجة عالية من الخطورة، وأن يقع الإهمال على إجراء أساسي من إجراءات المحكمة التحكيمية، وقد اعتمدت محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على هذا السبب لإعلان بطلان حكم التحكيم الصادر في منازعات دولية استثمارية، كانت الحكومة أحد أطرافها العقدية، ومثالها الحكم الصادر في المنازعة التي قامت بين شركة (amco) الأمريكية والحكومة الأندونيسية، حيث قامت الحكومة الأندونيسية وبمساعدة جيشها بالاستيلاء على الفندق الذي أنشأته شركة (amco) وعلى الرغم من أن محكمة تحكيم المركز أصدرت حكمها طبقاً للقانون الأندونيسي، وفقاً لما اعتمده الأطراف في العقد الدولي الاستثماري المبرم بينهما، إلا أن اللجنة رأت أن المحكمة قد أخطأت في اختيار نصوص القانون الإندونيسي الواجب تطبيقها من هذا القانون، وبالتالي تجاوز المحكمة لسلطاتها في الفصل في النزاع وهذا ما يعرض الحكم للإبطال في جزء منه.[1]

ورغم صراحة النص ووضوحه، إلا أننا مع الاحترام لا نتفق مع كل ما ورد فيه، كما أننا لا نتفق مع من يرى بأن تجاوز المحكم لمهمته يجب أن يكون ظاهراً، حتى يعد سبباً من أسباب إبطال حكم التحكيم[2]، ذلك أن اشتراط الخطورة والجوهرية كأساس لرفض تنفيذ الحكم وإبطاله فيه كثير من المغالاة والإجحاف بحق طرف على حساب طرف أخر في العملية العقدية، التي قد يتفاوت فيها مفهوم ما نعته الفقه "بالتجاوز الخطير" ومن هيئة تحكيم لأخرى لا وبل في أنواع متشابهة من القضايا حسب الزاوية التي ينظر المحكم منها للموضوع محل النزاع، وبهذا نرى ضرورة تعديل النص حتى يصبح أكثر مرونة وعدالة تجاه أطراف العملية التحكيمية، وعدم

(1)Journal de droit International.Clunet.1987.p.147

(2) العنزي، محمود، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي (الأسباب والنتائج –دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص 319.

التهاون في التجاوزات البسيطة لقواعد الإجراءات التي قد تؤدي لنتائج خطيرة قد يتم من خلالها تجاوز أطر قانونية غايه في الأهمية.

5- عدم بيان الأسباب التي بني عليها الحكيمي

وترتبط هذه الحالة مع الفقرة الثالثة من المادة (48) من اتفاقية واشنطن التي تضمنت "وجوب أن يتناول الحكم كل مسألة طرحت على الهيئة، وأن يبين الأسباب التي بني عليها" مما يترتب على مخالفة هذا الالتزام بطلان حكم التحكيم، وقد أوضحت لجنة القانون الدولي بأن الهدف من تسبيب الحكم هو تمكين القارئ من الاطلاع على المنهج الذي سارت عليه المحكمة بشأن كافة جوانب القضية سواء أكانت منصبة على الوقائع أم على القانون، ويكفي لاعتبار الحكم مسبباً من وجهة نظر اللجنة، أن يسمح بتتبع كيفية انتقاله من النقطة (أ) إلى النقطة (ب) وصولا إلى النتيجة النهائية، حتى وإن ارتكبت المحكمة خطأً في الواقع أو القانون بينما لا يتحقق هذ الحد الأدنى في حالة الحكم القائم على أسباب متعارضة أو غير كافية.[1]

وتأسيسا على ذلك، أثارت حكومة غينيا قائمة من الدفوع ضد شركة (mine) إثر النزاع الذي قام بينهما بتاريخ 1989/12/22، والمقدم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ومن أحد هذه الدفوع ما تم تأسيسه على أن المحكمة لم تسبب قرارها فيما يتعلق بمنح شركة (mine) الفوائد بحسب سعرها المعلن عنه في البنوك الأمريكية، فلا بد وأن يكون سعر الفائدة واضحاً لدى الطرفين، طالما تمت الموافقة بينهما على اعتماد عملة الدولار الأمريكي في العقد المبرم بينهما، ومع ذلك فإن المحكمة لم تسبب قضائها في هذه المسألة بشكل صريح.[2]

وقد اتجهت بعض التشريعات الوطنية مؤخرا نحو الاستغناء عن تعليل الحكم التحكيمي الدولي، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة (817) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على سبيل المثال، مما جعل جانبا من الفقه هناك يتساءل حول الغاية من إغفال التعليل هل هو الاستغناء عن تعليل القرار التحكيمي الدولي؟ أم أنها مسألة يتم بحثها ضمن نطاق النظام العام الدولي؟ وهل يتعارض ذلك مع النظام العام الدولي؟ ويبدو سبب ذلك هو أن قرار التحكيم في النزاع الدولي قد يصدر في ظل قانون لا يفرض التعليل، وبأن ما لا تجمع عليه الدول لا يخالف

---

(1) مشار إليه لدى الحداد، حفيظة، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية مرجع سابق ذكره ص 312.
(2) المرجع ذاته، ص 317.

النظام العام الدولي، فعدم التعليل إذا هو أمر مقبول على الصعيد الدولي بشرط أن لا يمس بحقوق الدفاع الواردة في الفقرة الرابعة من المادة (817) من ذات القانون.[1]

ونحن مع الاحترام لا نتفق مع نهج المشرع اللبناني ولا مع من يؤيده، إذ لا يتصور باعتقادنا وجود حكم قضائي كأصل عام دون تسبيب، لا بل يجب أن يكون التسبيب كافياً ومرتبطاً مع منطوق القرار، خاصة في المنازعات المتفرعة عن العقود الإدارية التي تمس المصلحة العامة، ويزداد الأمر أهمية في العقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع اللبناني أوجب تسبيب حكم التحكيم الداخلي بخلاف حكم التحكيم الدولي، وهو أمر مستغرب باعتقادنا، فمن ناحية تبرز خطورة اللجوء للتحكيم دون ضوابطه ومحدداته في النوع الثاني أكثر من النوع الأول، ومن ناحية أخرى قد يؤدي تراكم أحكام التحكيم الدولية غير المسببة إلى تقليص حجم إقبال المستثمرين على إبرام مثل هذا النوع من العقود خشية تطويع النص لمصالح الدولة الخاصة على حساب مع مصلحة المستثمر، وإذا ما تصورنا الأمر بشكل عكسي فإن هذا قد يؤدي إلى المساس بسيادة الدولة، وكلاهما غير مقبول في العقود الإدارية الدولية ذات الطابع الاستثماري.

بقي أن نشير إلى أن اتفاقية واشنطن للمستثمر الأجنبي أتاحت ضمانات لتنفيذ وفعالية الحكم التحكيمي الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث جاء في المادة (64) من الاتفاقية: " كل نزاع ينشأ بين الدول المتعاقدة حول تفسير، أو تطبيق هذه الاتفاقية ولا يمكن حله بالتفاوض يحال إلى محكمة العدل الدولية بناء على طلب أي طرف فى النزاع ما لم تتفق الدول المعنية على طريقة أخرى للتسوية".

ويتضح من هذا النص أن هذه الضمانات تتلخص في مسألتين، الحماية الدبلوماسية وإحالة النزاع إلى محكمة العدل.

فمن جانب أول وفيما يتعلق بالحماية الدبلوماسية فإن قبول المستثمر بأن تحال المنازعات المتفرعة عن عقد الاستثمار الدولي المبرم بينه وبين إحدى الدول، لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يعد بمثابة تنازل منه عن طلب نظر دعواه من قبل دولته ضد الدولة المضيفة، لا بل ويزيد على ذلك أن لا تقوم دولته بأي مطالبة دولية استنادا لنزاع اتفق فيه أحد مواطنيها مع الدولة التي تعاقد معها بإحالته للتحكيم، باستثناء عدم التزام الأخيرة بهذا الاتفاق

(1) مشار إليه لدى مشيمش، جعفر، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص 241-242، وانظر نص الفقرة (ب) من المادة (41) من قانون التحكيم الأردني والتي جاء فيها: "يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم".

والامتثال للحكم الصادر، ويظهر ذلك بالنظر للمادة (27) من اتفاقية واشنطن والتي جاء فيها الآتي: " لا يجوز للدولة المتعاقدة أن تعطى أي حماية دبلوماسية، أو تقدم مطالبة دولية فيما يتعلق بالنزاع القائم بين أحد رعاياها وبين دولة أخرى متعاقدة، تم الاتفاق بينهما على عرض أو القيام بعرض النزاع بينهما على التحكيم في ظل هذه الاتفاقية، إلا فى حالة فشل الدولة الأخرى فى تسوية النزاع أو فى تنفيذ الحكم الصادر فى هذا النزاع."[1]

كما تعد المبادلات الدبلوماسية غير الرسمية، خارج إطار الحظر الذي أتت به الفقرة الثانية من المادة (27) من اتفاقية واشنطن، إذ أن الغرض من المادة كما أوضحه جانب من الفقه:" ليس وضع استثناء للتنازل عن الحماية الدبلوماسية، ولكن تفاديا لأن تفسر المادة (27) بصورة صارمة، لتمنع استخدام القنوات الدبلوماسية حتى للإتصال غير الرسمي مع الدولة الطرف في النزاع لذلك الغرض"[2].

وبالرغم من ذلك فإن الإشكالية التي ظهرت في هذا المجال تكمن في أن الاتفاقية أعطت الدولة المتعاقدة الحق في أن تدفع بالحصانة السيادية إذا ما طلب منها تنفيذ حكم التحكيم،[3] وهو الأمر الذي أدى في الواقع إلى العديد من الإشكاليات القانونية والعملية، فمن الناحية القانونية ناقضت الاتفاقية نفسها عندما فرضت على الحكم التحكيمي الصفة الإلزامية، ثم عادت لتمكن الدول من الدفع بالحصانة على أملاكها التي تعد من مشتملات أموالها السيادية التي لا يجوز التنفيذ عليها، ومن الناحية العملية فإننا نرى بأن الغاية من اللجوء للتحكيم خاصة في عقود الدولة الاستثمارية، تظهر في إمكانية تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة التحكيمية وإلا ضاعت العبرة من اللجوء للتحكيم بعدم تنفيذ الحكم، حيث أن العملية التحكيمة هي وحدة واحدة بدءاً من الاتفاق على اتباعها كوسيلة لفض المنازعات الدولية الاستثمارية، مروراً بإجراءاتها وصولا لتنفيذها، إذا فكيف من الممكن فصل التنفيذ عن مسألة الاعتراف بالحكم كما نادى بها بعض الفقه، معززين بذلك توجه اتفاقية واشنطن؟

وقد دافع جانب من الفقه عن فكرة الانفصال بين إجراءات الحكم والاعتراف به وبين عدم تنفيذه بذريعة الحصانة السيادية، مبررا ذلك بعبارة أن " الاعتراف بحكم التحكيم هو الوجه النهائي لعملية التحكيم"، وبهذا فلا وجود للحصانة المتعلقة باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات

---

(1) يلاحظ الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة (72) من اتفاقية واشنطن بقولها:" الحماية الدبلوماسية لأغراض الفقرة (1) لا تشمل بطريقة غير رسمية التبادل الدبلوماسي لغرض واحد هو تسهيل فض النزاع".

(2) الجازي، عمر، (2014)، اختصاص هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(ICSID) بيروت، مكتبة صادر ناشرون، ص 109.

(3) الجمال، مصطفي، وعبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق ذكره ص 149 وما بعدها.

الاستثمار في ظل اتفاقية واشنطن؛ لأن إجراءات التنفيذ- بحد نظره- ليست جزءاً من العملية التحكيمية، حيث أن الدولة تكون قد وفت بالتزاماتها فور الاعتراف بالحكم، حتى وإن امتنعت عن القيام بإجراءات التنفيذ ضد الطرف الآخر في العملية التحكيمية[1]، ونحن لا نتفق مع هذا التوجه ولنا مبرراتنا التي ذكرناها أعلاه.

ومن جهة أخرى قد يؤدي جمع التحكيم والحماية الدبلوماسية معا، لنتائج تناقض العملية التحكيمية بطبيعتها خاصة بين الدول، وهو ما دفع المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(ICSID)، إلى عدم إضفاء الصفة السياسية على المنازعات الدولية الاستثمارية[2].

ومن الشواهد القضائية الحديثة على إمكانية طلب المستثمر للحماية الدبلوماسية المسجلة بتاريخ (2002/12/20)، والتي تدور وقائعها حول النزاع الذي نشأ بخصوص شركة طباعة وحكومة أوكرانيا، فبعد استقالة أحد المحكمين وإيقاف الإجراءات، طلب المستثمر الليتواني من حكومة ليتوانيا حماية استثماره في أوكرانيا، وبناء على هذا الطلب قامت السفارة الليتوانية في أوكرانيا بمخاطبة وزارة الخارجية الأوكرانية، برسالة بينت فيها أن هناك انتهاك لحقوق هذا المستثمر، وتأسيساً على ذلك أصدرت هيئة التحكيم قرارها بأنه لايجوز للمستثمر طلب الحماية الدبلوماسية بالاستناد لما ورد في المادة (27) من اتفاقية واشنطن، غير أن الهيئة لم توقف إجراءات التحكيم، لأن دولة المستثمر أوقفت التدخل الدبلوماسي.[3]

أما من حيث إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية، فقد سمحت المادة (64) من الاتفاقية لدولة المستثمر رفع دعوى أمام محكمة العدل الدولية، شريطة عدم إمكانية حل النزاع "عن طريق المفاوضات"، ويستنتج من ذلك أن الاختصاص الأصيل والحصري في فصل النزاع للمركز الدولي صاحب النظر في تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، ولا يؤثر تجاوز ما ورد في المادة (27) من ذات الاتفاقية على إحدى اختصاصات المركز بل إحالة أي نزاع بين الدول المتعاقدة، شرط أن يتعلق موضوعه بتفسير أو تطبيق الاتفاقية، إلى محكمة العدل العليا، وهو حق منحته المادة (64) منها لكافة أطراف النزاع وفي ختام المادة ذاتها، أكدت الاتفاقية على سمو اتفاق أطراف النزاع إذا ما اختاروا وسيلة أخرى لتسويته غير اللجوء لمحكمة العدل الدولية.

---

(1) محمدين، جلال، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سابق ذكره، ص 93.

(2) الجازي، عمر، حديثة اختصاص هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(ICSID)، مرجع سابق ذكره، ص 110.

(3) مشار إليه لدى أبو عمر، محمد، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي في إطار اتفاقيات الاستثمار الأجنبية مرجع سابق ذكره، ص 178.

ويلاحظ أن مشكلة الصفة المطلوبة للتقاضي أمام محكمة العدل الدولية، يمكن استيفاؤها بواسطة أي دولة متعاقدة، فإذا ما رفضت أي دولة متعاقدة أخرى الامتثال للحكم التحكيمي عدت هذه الدولة منتهكة لاتفاقية دولية، غير أن مشكلة انفصال الاعتراف بالحكم الدولي عن تنفيذه هي معضلة قانونية تنسحب بدورها لتشمل المنازعات المعروضة على محكمة العدل الدولية كذلك.[1]

المطلب الثالث: حالات الامتناع في ضوء التشريعين الأردني والفرنسي

رغم خلو قانون التحكيم الأردني لسنة (2001) من نص يعالج مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية، إلا أنه يمكن الإشارة في هذا المجال إلى المادة الثالثة من القانون، والتي تضمنت بأن أطراف العملية التحكيمية، قد تشمل شخصاً من أشخاص القانون العام، فقد جاء في هذه المادة "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة، ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية".

كما يمكن الإشارة في هذا المجال إلى المادة (53) من القانون ذاته، والتي تضمنت بعض التفاصيل المتعلقة بإجراءات تنفيذ حكم التحكيم، فقد جاء فيها:

أ- " لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن موعد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

ب- يقدم طلب التنفيذ إلى المحكمة المختصة مرفقاً بما يلي:

1- صورة عن اتفاق التحكيم.

2- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

3- ترجمة لحكم التحكيم مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية إذا لم يكن ذلك الحكم صادراً بها".

وقد سمح المشرع الأردني في المادة الخامسة اللجوء للتحكيم المؤسسي عندما نص على أنه: " في الأحوال التي يجيز فيها القانون لطرفي التحكيم اختيار الإجراء الواجب الاتباع في مسألة معينة فإن ذلك يتضمن حقهما في الإذن للغير في اختيار هذا الإجراء، ويعتبر من الغير كل مؤسسة أو مركز للتحكيم في المملكة أو في خارجها".

---

(1) محمدين، جلال، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 90.

كما سمحت المادة (27) من القانون لطرفي التحكيم "الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها، ولا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم، كسماع أطراف النزاع أو الشهود، أو الخبراء، أو الإطلاع على مستندات، أو معاينة بضاعة، أو أموال، أوإجراء مداولة بين أعضائها أوغير ذلك".

وبالنظر لهذه النصوص مجتمعة، يمكن القول بأن المشرع الأردني اعترف بالتحكيم الدولي إذا ما اتفق الأطراف على هذا النوع من التحكيم، وبالتالي صحة العمل به من الناحية القانونية[1].

إلا أن ما يؤخذ عليه أنه لم يوضح التفاصيل المتعلقة بالتحكيم الدولي، بل أحال كل ما يتصل بذلك لقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني لسنة (1952)، والذي عرفت المادة الثانية منه حكم التحكيم الأجنبي بأنه "الحكم الذي يتعلق في إجراءات حقوقية، ويقضي بدفع مبلغ من المال، أو الحكم بعين منقولة أو تصفية حساب، ويشمل قرار المحكمين في إجراءات التحكيم، إذا كان ذلك القرار بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلا للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور".

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى انضمام المملكة الأردنية الهاشمية لاتفاقية نيويورك لسنة (1958) بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية[2]، والذي يعد بحق بمثابة نقلة نوعية في مجال العقود الدولية، حيث أصبحت بموجبه هذه الاتفاقية جزء من النظام الداخلي الأردني، وكان هذا ما خلصت إليه محكمة التمييز الأردنية في قرارها الصادر بتاريخ (2004) من أنه: " يستفاد من قرار المجلس العالي لتفسير الدستور رقم (2) بتاريخ (1955/3/28)، لدى تفسيره الفقرة (2) من المادة (33) من الدستور، بأن "اتفاقية نيويورك لا تتضمن ما يمس سيادة الأردن على أراضيه، أو من شأنها تعديلها أو تحميل الخزينة أي نفقات أو مساس بحقوق الأردنيين العامة أو الخاصة، وأن اللجوء إلى التحكيم الدولي يجري بإرادة الفرقاء الحرة وبدون تدخل من أي جهة

---

(1) مشار إليه لدى عكاشة، خالد، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص 363.

(2) صدرت الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم(6678)، تاريخ (1979/7/8) المتضمن الموافقة على تصديق اتفاقية نيويورك المتعلقة بقرارات التحكيم وتنفيذها، المنشورة في الجريدة الرسمية العدد رقم (3585)، بتاريخ 1988/11/16، على الصفحة رقم (2195).

أخرى، ولذلك فإن الموافقة على هذه الاتفاقية لا يحتاج لموافقة مجلس الأمة، وبالتالي فإن هذه الاتفاقية لا تخالف الدستور"[1].

وبهذا فإن انضمام الدولة لهذه الاتفاقية يعني خضوعها لما ورد فيها، والذي يعد بمثابة قانون خاص يحكم علاقاتها بالطرف الآخر باعتبارها شخصا عادياً، لا صاحبة سيادة وسلطة كما هو الحال إذا ما كانت طرفا في العقود الداخلية.[2]

ودون الخوض في التفاصيل المتعلقة بمرتبة المعاهدة المصادق عليها وما هو موقف الدستور الأردني منها، كون أنها أمور عالجناها فيما سبق، فإننا نكتفي بالقول أنه وفي ظل انضمام المملكة الأردنية الهاشمية لكل من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فقد أضيف لما ورد في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني أحكام خاصة تتعلق بتنفيذ حكم التحكيم الفاصل في نزاع دولي استثماري بشكل خاص، لأن المشرع الأردني في المادة الثانية من القانون المذكور لم يفرق أساساً بين حكم التحكيم، والحكم القضائي الصادر في الخارج.

وفي ضوء ذلك نجد أن محكمة التمييز الأردنية قد ذهبت في قرارها رقم (2004/2923) الصادر بتاريخ (2004/11/30) إلى أنه: "يستفاد من أحكام المادة الثانية من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 8 لسنة (1952)، أن الحكم الأجنبي يشمل قرار المحكمين في إجراءات التحكيم إذا كان القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى به التحكيم قابلاً للتنفيذ كقرار صادر عن المحكمة في ذلك البلد، وبالتالي فإن قرار التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه والمصدق عليه من قبل الجهات المختصة في ذلك البلد يكون قابلاً للتنفيذ في الأردن، إذا كان مستوفياً للشروط التي يتطلبها قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في المادة السابعة منه، والتي ليس من بينها إرفاق صك التحكيم أو صورة عنه، وبالتالي فإن عدم إرفاق المدعي صورة عن اتفاق التحكيم لا

---

(1) أنظر بهذا الخصوص قرار محكمة التمييز الأردنية الموقرة رقم (2004/2233)، منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية، بتاريخ (2005/2/20)، حيث أوضحت من خلاله المحكمة بأن: "الفقرة الفقرة (2) من المادة(33) من الدستور قسمت المعاهدات إلى قسمين: أ. معاهدات الصلح والتجارة والملاحة، ب. المعاهدات الأخرى التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو نقص في سيادتها، أو تحميل خزانتها شيئا من النفقات، أو مساس بحقوق الأردنيين العامة أو الخاصة، فالمعاهدات من الصنف الأول لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة وذلك بغض النظر عن ماهيتها والالتزامات التي ترتبت بموجبها، إذ أن مثل هذه المعاهدات تعد بالنسبة لمطبقيها وموضوع التعاقد فيها ذات مساس بحقوق الدولة الأساسية، وسلطاتها وسيادتها على إقليمها البري والبحري والجوي، أما المعاهدات الأخرى فإن نفاذها لا يحتاج لموافقة مجلس الأمة، إلا إذا كان يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو نقص في حقوق سيادتها، أو تحميل خزانتها شيئا من النفقات، أو مساس في حقوق الأردنيين العامة أو الخاصة، فتعتبر نافذة لمجرد إبرامها من السلطة التنفيذية دونما حاجة لموافقة مجلس الأمة، وذلك لعدم خطورة الالتزامات التي تنطوي عليها".

(2) ضيا، ليندا، خصوصية التحكيم في حل المنازعات المتصلة بالاستثمار وفقا لمعاهدة واشنطن (1965) مرجع سابق ذكره، ص 44.

يحول دون تنفيذ حكم المحكمين بالاستناد إلى قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (8) لسنة (1952)"[1].

ولذلك يعد صدور الحكم القاضي بتنفيذ ما ورد في حكم التحكيم الأجنبي بمثابة الحكم الوطني، إذ يعامل معاملة الأحكام الوطنية وينفذ في دوائر التنفيذ، لهذا فإن شروط الطعن بالحكم القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، أكثر تعقيداً من تلك المطلوب توافرها في الحكم الوطني الذي يطبق عليها قانون التحكيم الأردني.[2]

وفيما يتعلق بحالات الامتناع عن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في كل من التشريعين الأردني والفرنسي، فلا بد من التذكير بأنه قد جاء في المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم (8) لسنة (1952) أنه: " يجوز للمحكمة أن ترفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي في الأحوال التالية: أ- إذا لم تكن المحكمة التي أصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة، أو ب- إذا كان المحكوم عليه لم يتعاط أعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصدرت الحكم أو لم يكن مقيما داخل قضائها، ولم يحضر باختياره أمام المحكمة، ولم يعترف بصلاحياتها، أو ج- إذا كان المحكوم عليه لم يبلغ مذكرة الحضور من المحكمة، التي أصدرت الحكم، ولم يحضر أمامها رغما عن كونه كان يقطن داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة أو كان يتعاطى أعماله فيه، أو د- إذا كان الحكم قد حصل عليه بطرق الاحتيال، أو ه- إذا أقنع المحكوم عليه المحكمة بأن الحكم لم يكتسب بعد الصورة القطعية، أو و- إذا كان الحكم بسبب دعاوى لا تسمعها محاكم المملكة الأردنية الهاشمية إمّا لمخالفتها للنظام العام، أو الآداب العامة، 2- يجوز للمحكمة أيضا أن ترفض الاستدعاء المقدم إليها بطلب تنفيذ حكم صادر من محاكم أية دولة لا يجيز قانونها تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة الأردنية الهاشمية".

أما في فرنسا فقد أوضح المشرع الفرنسي في المادة (1520) من قانون الإجراءات المدنية ضمن الباب المتعلق بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، أو في مجال التحكيم الدولي وتنفيذها، الحالات التي يجوز من خلالها الطعن بإبطال حكم التحكيم الدولي وهي:" 1- إذا اعتبرت الهيئة التحكيمية نفسها عن طريق الخطأ مختصة أو غير مختصة، أو 2- تشكلت الهيئة التحكيمية بشكل غير صحيح، أو3- لم يتم احترام مبدأ الوجاهية، أو 4- كان الاعتراف بالقرار التحكيمي أو تنفيذه مخالفا للنظام العام".

---

(1) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم (2004/2923) (هيئة خماسية) تاريخ (2004/11/30) من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

(2) عليان، حسام (2003)، الرقابة القضائية على التحكيم وفقا للقانون الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ص88.

وعليه؛ يمكن حصر حالات الامتناع عن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التشريعين الأردني والفرنسي بما يلي:

1- عدم اختصاص هيئة التحكيم

لقد جاء في الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني أن تخلف شرط الاختصاص في محكمة التحكيم هو أحد الأسباب التي بمقتضاها تستطيع المحكمة أن ترفض طلب تنفيذ الحكم الأجنبي، وقد استخدم المشرع كلمة (يجوز) في مطلع النص، والتي تفيد التخيير لا الإجبار، بمعنى أن النص منح القضاء سلطة واسعة في رفض أو قبول تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي حتى وإن كانت هيئة التحكيم غير مختصة.

ونحن مع الاحترام لا نؤيد هذا النهج التشريعي، خصوصاً إذا ما تعلق الأمر بتنفيذ حكم تحكيم دولي ذي طابع استثماري وكان أحد أطرافه دولة ممثلة بإحدى مؤسساتها، لأن إعطاء هذه المساحة من التخيير للمحكمة قد يؤدي لتنفيذ أحكام تتعارض مع ما ورد في النص من أسباب توجب عدم التنفيذ، مما تضيع معه الحكمة من اللجوء للتحكيم فيصبح مجردا من أي ضمانة تمنح للطرف الخاسر إمكانية البحث في مدى مصداقية وعدالة الحكم.

وحسنا فعل المشرع الفرنسي عندما تلافى الصفة الجوازية، التي منحها المشرع الأردني للمحكمة لدى ذكره حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وعبر عن ذلك في مطلع المادة (1520) من قانون الإجراءات المدنية بقوله:" لا يكون الطعن بطريق الإبطال جائزاً إلا إذا........" بحيث أن الأمر ليس على سبيل الجواز، وهذه فرصة للاستفادة من تجربة المشرع الفرنسي في هذا المجال.

ونعتقد بأن ضرورة أن تكون محكمة التحكيم ذات اختصاص في حكم التحكيم الدولي الذي قضت به، هو نتيجة منطقية لنظام التحكيم أساساً، ونؤيد في هذا المجال من يرى بأن المحكم أو هيئة التحكيم تستمد اختصاصها من اتفاق التحكيم الصحيح، والذي يصلح سنداً لاختصاص الهيئة التي أصدرت حكم التحكيم في الخارج والمطلوب تنفيذه في الأردن.[1]

وعلى كل حال فإن القضاء الأردني مستقر على لزوم أن تكون هيئة التحكيم مختصة كشرط لتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عنها، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية، في حكم لها بأن:" المحكمين وهيئات التحكيم تستمد ولايتها من اتفاقات الفرقاء التي تتضمن توليتهم وتفويضهم حق

(1) البطاينة، عامر (2008)، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1 ص 233.

القضاء في نزاعاتهم بخلاف المحاكم التي تستمد ولاية القضاء من الدستور والقانون، ويشترط لتنفيذ الحكم التحكيمي موضوع هذه الدعوى أن تثبت الشركة المدعية - المميز ضدها- ابتداءً وقبل البحث في شروط التنفيذ الأخرى، أن هيئة التحكيم التي أصدرته ذات ولاية للمحكم في النزاع بالاستناد إلى اتفاقية التحكيم المعقودة بين طرفي الدعوى".[1]

2- عدم صحة تبليغ الخصوم

يتوجب ووفقا للفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية، أن يتم تبليغ الأطراف بصورة قانونية سليمة، وهو شرط يهدف إلى احترام مبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم، ويشكل دون شك إحدى الضمانات الأساسية للتقاضي، ويُعد قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التبليغ التي تأخذ بها هيئة التحكيم، مما يحتم على المحكم أو هيئة التحكيم مراعاة كافة متطلبات حقوق الدفاع، من تبليغ الخصوم بشكل أصولي، وتمثيلهم في الدعوى تمثيلا صحيحا، وتمكين المدعى عليه من إبداء دفاعه.[2]

ولم تتضمن المادة (1520) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بنداً يتعلق بصحة تبليغ الخصوم كشرط لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، ولم تتضمن المادة (1492) من ذات القانون مثل هذا الشرط وهي تتحدث عن أسباب إبطال حكم التحكيم الداخلي[3]، فحتى وإن كان حكم التحكيم الدولي أكثر حساسية ودقة من ذلك الداخلي، إلا أن كلاهما بحاجة مراعاة الإجراءات القانونية بحيطة وحذر؛ لأن ما يترتب على مسألة عدم سلامة إجراءات تبليغ الخصوم من عواقب وخيمة بالنسبة لأطراف العقد، وقد ينعكس على العملية التحكيمية كاملة وعلى الحكم التحكيمي، وقد يصل الأمر للتشكيك بنزاهة هيئة التحكيم.

---

(1) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم(1986/874) (هيئة خماسية) تاريخ (1987/3/8) من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

(2) الحداد، خالد، التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) والعقود المرتبطة بها (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ذكره، ص162.

(3) أنظر ما ورد في المادة (1492) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (48) لسنة (2011)، والتي كان جاء فيها الآتي: " لا يكون الطعن بالإبطال جائزا إلا إذا: " 1- اعتبرت الهيئة التحكيمية نفسها عن طريق الخطأ مختصة أوغير مختصة، أو 2- تشكلت الهيئة التحكيمية بشكل غير صحيح، أو 3- نظرت الهيئة التحكيمية في النزاع دون التقيد بالمهمة التي أنيطت بها، أو4- لم يتم احترام مبدأ الوجاهية، أو 5- كان القرار التحكيمي مخالفا للنظام العام، أو 6- كان القرار التحكيمي غير معلل أو لا يبين التاريخ الذي صدر فيه، أو اسم المحكم أو أسماء المحكمين الذين أصدروه، أو لا يتضمن التوقيع أو التوقيعات اللازمة، أو لم يصدر بغالبية الأصوات".

ونحن هنا وفي سياق المقارنة، نؤيد حرص مشرعنا الأردني على مراعاة كافة العناصر القانونية التي تكفل صدور حكم التحكيم بصورة سليمة سواء أكان الحكم داخليا أم دولياً [1].

3- صدور الحكم بطريق الغش أو الاحتيال

حتى يكون حكم التحكيم الأجنبي سليماً وحجة على أطرافه وعلى الغير ممن يمتد إليهم أثر هذا الحكم، فلا بد أن يصدر بصورته القانونية الطبيعية، لا أن يكون قد صدر بالغش أو الاحتيال وهو أمر بدَهِيّ وضمانة من الضمانات الواجب توافرها أساسا في أي حكم سواء كان قضائياً أو تحكيمياً، داخلياً أو دولياً، وبهذا عبر جانب من الفقه عن عدم صلاحية حكم التحكيم الأجنبي الذي تم إصداره بطرق احتيالية بقوله: "إن مؤدى ذلك هو التحايل على قواعد الاختصاص."[2]

وقد أشار المشرع إلى هذه الحالة في المادة (1/7/د) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني، في حين لم يتطرق لها المشرع الفرنسي في المادة (1520) من قانون المرافعات المدنية، غير أنه يمكن القول بأن المشرع الفرنسي ربما اعتبر هذه المسألة متعلقة بسلامة الإجراءات التي تتوخى فيها الهيئة كافة عناصر الأمانة والحيطة والحذر مما يعني، أنه يمكن الاكتفاء بالبند المتعلق بسلامة إجراءات المحاكمة التحكيمية، والتي تعود لسلامة تكوين هيئة التحكيم، واختصاصها الحقيقي والأصيل للبت في النزاع الناشيء عن عقد دولي استثماري.

4-عدم اكتساب الحكم الأجنبي الدرجة القطعية

لقد اشترط قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني في الفقرة(هـ) من المادة السابعة منه اكتساب حكم التحكيم قوة الأمر المقضيّ به ليصار إلى تنفيذه، وبالاستناد إلى قانون الدولة الذي صدر فيه، أو القانون الذي صدر بموجبه، ومؤدى ذلك استنفاذ الحكم كافة طرق الطعن به، مما يعني عدم إمكانية صدور قرار بإلغائه من أي جهة مختصة تملك هذه الصلاحية، والحكمة من ذلك هي ضرورة استقرار المعاملات والمراكز القانونية.[3]

---

(1) أنظر ما ورد في المادة (54) من القانون الأردني والتي نصت على أنه:" أ. تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقا وتامر بتنفيذه إلا إذا تبين لها:1-. أن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة وإذا أمكن تجزئة الحكم في ما يتضمنه من مخالفة للنظام جاز الأمر بتنفيذ الجزء الباقي. 2. أنه لم يتم تبليغه للمحكوم عليه تبليغا صحيحا.ب. لا يجوز الطعن في قرار المحكمة الصادر بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الحكم الصادر برفض التنفيذ فيجوز الطعن فيه أمام محكمة التمييز خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي للتبليغ ويترتب على تصديق القرار الصادر برفض الأمر بالتنفيذ سقوط اتفاق التحكيم".

(2) الضمور، قاسم (2003)، تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقا للقانون الأردني والاتفاقيات الدولية، عمان دار وائل للنشر والتوزيع، ط1، ص 33.

(3) البطاينة، عامر، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ذكره، ص 234.

وقد أيدت محكمة التمييز الأردنية هذا النهج التشريعي، فجاء في حكم لها:" أوجبت المادة (1/7/هـ) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (8) لسنة (1952)، رفض منح الحكم الأجنبي صيغة التنفيذ المرفوع إليها لتنفيذ الحكم الأجنبي في حالات وردت على سبيل الحصر، وفي الفقرة (هـ) من المادة ذاتها التي تنص على أنه:" إذا أقنع المحكوم عليه المحكمة بأن الحكم لم يكتسب بعد الصورة القطعية"، وحيث تبين أن المستدعى ضده قد تقدم بشهادة تفيد بأن المذكور قد تقدم بالدعوى رقم (2006/3239) المقيدة بتاريخ (2006/7/24) لدى المحكمة الكلية في الكويت بمواجهة المستدعي وآخر، وأنه تحدد موعد جلسة لنظرها في (2006/10/9)، وتبين أن المستدعى ضده وفي جلسة (2007/5/17) لدى محكمة استئناف عمان طلب تقديم مشروحات رسمية، تفيد بأن هناك دعوى مقامة من المذكور لإبطال حكم التحكيم موضوع هذه الدعوى، وأن محكمة استئناف عمان لم تستجب لهذا الطلب، وحيث أن المادتين (59) و (100) من قانون أصول المحاكمات المدنية، أجازتا لمحكمة الموضوع إبراز مستندات ترى أنها لازمة للفصل في الدعوى، فقد كان على محكمة استئناف عمان إجابة طلب المستدعى ضده بهذا الخصوص، ومن ثم ترتيب الأثر القانوني على هذا المستند"[1].

ولم يتضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي نصا يمكن من خلاله أن يطعن المحكوم عليه بعدم صحة حكم التحكيم الأجنبي لأنه لم يكتسب الدرجة القطعية بعد، فحتى وإن نصت الفقرة الأولى من المادة (1484) من ذات القانون (التي تنسحب على أحكام التحكيم الداخلية والدولية) على أن: "للقرار التحكيمي منذ صدوره حجية القضية المحكوم بها بالنسبة إلى النزاع الذي فصل فيه"، فإن هذا لا يعني ولا يغني عن إدراج بند يمنع من تنفيذ حكم التحكيم الدولي غير الحائز على حجية الأمر المقضيّ به.

ويقع عبء الإثبات هنا على المحكوم عليه، لا بل يجب أن يقنع المحكمة المطلوب التنفيذ إليها بأن حكم التحكيم الدولي لم يحز على الدرجة القطعية بعد، وعليه بذلك أن يقدم البينات التي تثبت أن الحكم لازال قيد نظر هيئة التحكيم، أو أن المدة المحددة للطعن بالحكم لم تكن قد مضت بعد، استنادا لقانون الدولة التي صدر الحكم عن محاكمها.[2]

ففي الدعوى رقم (2012/194) قضت محكمة التمييز بأنه: "إذا كان الحكم المطلوب إكساؤه صيغة التنفيذ قد تقدم به طلب لإعادة المحاكمة لدى الهيئة الاستئنافية الثانية لدى محكمة

---

(1) تمييز حقوق رقم (2007/3197) (هيئة خماسية) تاريخ (2008/6/17)، من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

(2) الحداد، خالد، التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) والعقود المرتبطة بها (دراسة مقارنة)،مرجع سابق ذكره، ص 164.

استئناف بغداد الرصافة الاتحادية، وأن هذه المحكمة وكما هو ثابت من قرارها الصادر بتاريخ (2009/11/2) قراراً قابلاً للتمييز، وقد تضمن الحكم برد الطلب وأنه لم يرد ما يثبت أن هذا الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية بالإضافة فإن هذا الحكم سبق وأن طرح للتنفيذ لدى الجهات المختصة في الجمهورية العراقية بموجب الإضبارة رقم (2005/346) مديرية تنفيذ الكرخ وأنه لم يتم تنفيذه لأنه لم يكتسب الحكم الدرجة القطعية، فإن القول بأنه ليس هناك أي إعلام حكم يحمل الرقم (2007/206) فإن هذا الرقم قد ورد خطأً كتابياً، حيث أن الرقم الصحيح للقرار الصادر بتاريخ(2009/11/25) هو رقم (2007/406)، وأن هذا الخطأ الكتابي لا يكسب حقاً للخصم وعليه؛ فإن الشروط التي أوجبها قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم(8) لسنة (1952) غير متوافرة في هذه الدعوى"[1].

5-مخالفة الحكم للنظام العام أو الآداب العامة

عالج المشرع الأردني هذه الحالة بشكل واضح في المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية بقوله:" إذا كان الحكم بسبب دعاوى لا تسمعها محاكم المملكة الأردنية الهاشمية إما لمخالفتها للنظام العام، أو الآداب العامة"، وكرر الحظر ذاته فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (54) من قانون التحكيم 1- " إن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة"، مما يعني أن فكرة النظام العام التي اعتمدها المشرع الأردني سواء في حكم التحكيم الداخلي أو الدولي، هي فكرة واحدة ومرتبطة بما يعد نظاما عاما في القانون الأردني، لا بل وأضاف عبارة الآداب العامة للحظر المتعلق بمنع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، ومن المعروف فقهاً وقضاءً أن النظام العام هو مفهوم مرن ومتطور ويختلف باختلاف الدول ومجتمعاتها، كما قد يتفاوت هذا المفهوم في المجتمع ذاته ما بين حين وآخر، أما الآداب العامة فهي ذات معايير نسبية ومتغيرة بتغير ثقافات المجتمع، فما يعد مخالفاً لها في دولة قد لا يكون كذلك في دولة أخرى.

وإذا كان من الصعب تحديد ماهية النظام العام بصورة دقيقة، فإنه يتوجب تقدير توافر هذا الشرط وقت صدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي لا وقت صدورالقرار،[2] ونحن نرى أن مسألة ربط النظام العام بالآداب العامة في شأن تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، أمر في غاية التعقيد نظراً لخصوصية هذا المفهوم، واتصاله بعادات وثقافات، وأصول دينية تتفاوت كثيراً بين الدول

---

(1) قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم 2012/194 (هيئة خماسية) تاريخ 2012/5/2، من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية.

(2) الشرايري، أحمد (2011)، بطلان حكم التحكيم ومدى مراقبة محكمة النقض (التمييز) عليه (دراسة مقارنة) عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، ص198.

ولذلك نرى أنه يجب أن لا يثار هذا المصطلح ضمن حالات حظر تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي خاصة في العقود الدولية التي تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها ممثلا لأشخاص القانون العام مع الطرف الآخر، وهو المستثمر الأجنبي؛ بغية تحقيق المصلحة العامة من خلال إنشاء، أو تسيير أو تطوير المرافق العامة.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن انضمام المملكة الأردنية الهاشمية لاتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة (1958) يلزمها التقيد بمفهوم أوسع للنظام العام، وهو النظام العام الدولي والذي تناولناه لدى الحديث عن حالات عدم الاعتراف بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في ظل تلك الاتفاقية، هذا على الرغم من أن ما ورد في الفقرة الثانية من المادة السابعة في هذه الاتفاقية يجيز للدول رفض الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية إذا ما كان في "الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد"[1].

وعند الحديث عن فكرة النظام العام، لا بد من مراعاة طبيعة وخصوصية العقود الدولية الاستثمارية، بحيث لا يتضمن حكم التحكيم ما قد يتعارض مع قواعد النظام العام في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه، وبنفس الوقت لزوم مراعاة أصول، ومبادئ النظام العام الدولي في سبيل منع عرقلة تنفيذ الحكم الأجنبي،[2] كما يجب على المحكمة المختصة أن تقضي ببطلان حكم التحكيم الأجنبي المنطوي على مخالفة للنظام العام من تلقاء نفسها، وحتى لو لم يتم إثارة هذه المسألة من قبل أطراف النزاع، بخلاف الحالات الأخرى التي تتوقف على بطلان حكم التحكيم بناء على إرادة الخصوم.[3]

وتأسيسا على ما سبق، فإننا مرة أخرى نرى بأن كلمة "يجوز" التي استخدمها المشرع الأردني في مطلع المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الاجنبية الأردني، وردت في غير محلها

---

(1) أنظر ما ورد في الفقرة الثانية من المادة السابعة في اتفاقية نيويورك لسنة (1958) بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والذي كان ما ورد فيها الآتي: " يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:(أ) أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أو(ب) أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد. وانظر أيضاً قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2007/1696 (هيئة خماسية) تاريخ 2007/10/25 (من منشورات مركز عدالة للمعلومات القانونية) "لما كان الحكم يتضمن للمميز ضدها بمبلغ (2750) ريالاً قطرياً نفقة سابقة ومبلغ (1500) ريال قطري نفقة متعة. ولما كان الحكم بالنفقة السابقة وإن كانت المحاكم الأردنية لا تسمع الدعوى بالنفقة السابقة إلا أنه لا يعد من النظام العام وعليه فإن الحكم بالنفقة السابقة من قبل المحاكم القطرية ليس ممنوعاً ولا يعد مخالفاً للنظام العام أما بالنسبة للحكم بنفقة العدة فهو مسموع من قبل المحاكم الأردنية وفقاً لأحكام المادة 135 من قانون الأحوال الشخصية. وعليه وحيث لم يثبت توافر أي حاله من الحالات الواردة في المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية فيكون ما توصلت إليه محكمة الاستئناف بقرارها المطعون فيه واقعاً في محله وموافقاً للقانون".

(2) الشرايري، أحمد، بطلان حكم التحكيم ومدى مراقبة محكمة النقض (التمييز) عليه (دراسة مقارنة)مرجع سابق ذكره، ص 208.

(3) حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق ذكره، ص 451.

خاصة إذا ما قسنا الأمر على هذه الحالة تحديداً، وهي أن يخالف حكم التحكيم الأجنبي النظام العام، وندعو للإفادة من نص المادة (1520) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، التي لم تعتمد على الصفة الجوازية للمحكمة المختصة في رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

ويبدو أن فكرة النظام العام تختلف في نظر المشرع الفرنسي، ما بين تنفيذ حكم التحكيم الداخلي والدولي، ففي الفقرة الخامسة من المادة (1492) من قانون المرافعات المدنية والمتعلقة بحالات إبطال تنفيذ حكم التحكيم الداخلي اقتصر الأمر على أن يكون قرار التحكيم "مخالفاً للنظام العام"، أما في الفقرة الخامسة من المادة (1520) من القانون ذاته، والواقعة في الفصل المتعلق بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، فقد جاء النص: " إذا كان الاعتراف بالقرار التحكيمي أو تنفيذه مخالفا للنظام العام الدولي"[1]، ولذا فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن: "مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي، تعني بحث مطابقة هذا الحكم من ناحية الإجراءات ومن ناحية الموضوع"[2].

وتؤيد الباحثة ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في هذا المجال، لأن في الفصل بين ما هو حكم تحكيم داخلي، وآخر دولي بما يتصل بأسس منع تنفيذ تلك الأحكام، بالاستناد لمخالفتها النظام العام، واعتماده على الصفة الدولية الأشمل والأعم في صحة تنفيذ قرار التحكيم الدولي ما يوضح الرؤية الاستثمارية التي استطاع من خلالها أن يجذب رؤوس الأموال، ويطور من فكرة إنشاء واستغلال مرافق عامة جديدة، بإبرام عقود كثيرة أطرافها أشخاص القانون العام والمستثمر الأجنبي، وهي الغاية القصوى من اللجوء للتحكيم الدولي في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية التي تعد من عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بطبيعتها كما بيناه في الفصل الأول من هذه الدراسة.

ومن أحكام التحكيم الدولي التي قضت محكمة استئناف باريس ببطلانها لمخالفتها النظام العام الدولي، الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بشأن النزاع الذي قام بين شركة (Alsthom Turbines) الفرنسية، وشركة (Westman) الإنجليزية، بهدف تسهيل اختيار الطرف الأول في المناقصة الخاصة بمشروع بتروكيميائي، حيث يتوجب على الطرف الثاني في سبيل تحقيق غاية الطرف الأول تقديم المعلومات، والمقترحات، وكافة النصائح المفيدة التي تضمن الحصول على المناقصة، مما ترتب عليه تضمين العقد المبرم بينهما هذه المهام بعبارات

---

(1) أنظر ما ورد كذلك في المادة (1514) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم (48) لسنة (2011) والواقعة ضمن الفصل الثالث بعنوان "الاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج أو في مجال التحكيم الدولي وتنفيذها وكان ما جاء فيها الآتي"يجوز الاعتراف بالقرارات التحكيمية أن تنفيذها إذا اثبت الشخص الذي يتذرع بها وجودها، وإذا لم يكن هذا الاعتراف أو هذا التنفيذ مخالفا بصورة واضحة للنظام العام الدولي."

(2) الحداد، حفيظة، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق ذكره، ص 208.

مبهمة وفضفاضة تثير وجود الغش والفساد، وعليه؛ قررت محكمة استئناف باريس بتاريخ 1993/9/10 إبطال حكم التحكيم المطعون به بشكل جزئي بسبب الغش الذي لجأت إليه شركة (Westman) أثناء إجراءات التحكيم، وهو ما يخالف النظام العام الدولي وفقا لما ورد في قانون المرافعات المدنية الفرنسي القديم في كل من المادتين (1502/5) و(1505).[1]

6- مبدأ المعاملة بالمثل

تنص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني على أنه" يجوز للمحكمة أيضاً أن ترفض الاستدعاء المقدم إليها بطلب تنفيذ حكم صادر من محاكم أية دولة لا يجيز قانونها تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة الأردنية الهاشمية" والمقصود بمبدأ المعاملة بالمثل، في هذا المجال المعاملة الفعلية، وبهذا يخرج من إطار ذلك المعاملة الشكلية أو الدبلوماسية [2].

وعلى الرغم من صراحة هذا النص، إلا أن محكمة التمييز الموقرة ذهبت بخلافه في حكمها الصادر في الدعوى رقم (2004/4211) عندما قضت بأنه: "لا يجوز تقديم الكتاب الذي أرفقه وكيل المميزة والصادر عن معالي وزير العدل لمحكمة التمييز، مما يتعين الالتفات عنه لأن ما ورد فيه لا يمنع من تطبيق الاتفاقية الدولية (اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة (1958)، والمنشورة بعدد الجريدة الرسمية رقم (3585) تاريخ (1988/11/16)، والتي صادقت عليها المملكة الأردنية بتاريخ (1979/7/8)بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (6678)، كما أن المملكة الأردنية الهاشمية لم تبد أي تحفظ عندما انضمت لهذه الاتفاقية، ولم تشترط التعامل بالمثل في تنفيذ الأحكام المتعلقة بقرارات التحكيم الدولية، وأن الاتفاقية الدولية أعلى مرتبة من القانون المحلي وهي أولى بالتطبيق إذ تعارضت معه".

وبالتالي فإنه يجوز منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم الأجنبي لدى المحاكم الأردنية المختصة حتى وإن كان الحكم صادراً عن دولة لا تقبل محاكمها تنفيذ أحكام المحاكم الأردنية في إقليمها [3].

---

(1) مشار إليه لدى الحداد، حفيظة، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية مرجع سابق ذكره ص 211 وما بعدها.

(2) الحداد، خالد، التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) والعقود المرتبطة بها (دراسة مقارنة) مرجع سابق ذكره، ص 186.

(3) ولم ينص المشرع الفرنسي على شرط المعاملة بالمثل ضمن حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبية في المادة (1520) من قانون الإجراءات المدنية.

بقي أن نشير في الختام إلى مسألة في غاية الأهمية، وهي ما تناولها المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد لسنة (2011)، من ضرورة تسبيب قرار التحكيم الدولي القاضي بعدم منح الصيغة التنفيذية، وفقاً لما ورد في الشق الثاني من نص المادة (1517) من القانون والتي جاء فيها: "يكون القرار الصادر برفض منح الصيغة التنفيذية معللاً".

وترى الباحثة بأن تسبيب أي حكم قضائي هو من أساسيات سلامة القرار، والذي يمنحه الحصانة القانونية في مواجهة الكافة، ويبث الطمأنينة في نفوس الأفراد، سواء أكانوا خصوما أم أفراداً عاديين، وتزداد أهمية هذا الأمر في قرارات التحكيم الدولية الصادرة بشأن عقود إدارية استثمارية تجمع شخص من أشخاص القانون العام مع آخر هو مستثمر، بهدف تحقيق النفع العام نظراً للمحل الذي يرتكز عليه هذا العقد وهو" المرفق العام"، مما يعني أن تسبيب القرار تسبيباً منطقياً ومتوافقاً مع عناصر الحكم، مؤداه تعزيز ثقة الأفراد والمستثمر بالدولة، وجذب المزيد من رؤوس الأموال، وتطوير المرافق العامة التي تعد غاية الدولة القصوى.

الخاتمة

لقد ناقشت هذه الدراسة موضوع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية باعتبارها إحدى طوائف عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كما بينها المشرع الأردني في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني رقم (31) لسنة (2014)، والمشرع الفرنسي في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (559) لسنة (2004)، وقد تكونت الدراسة من ثلاثة فصول تضمن كل منها مجموعة من المباحث والمطالب، حيث تناولت الباحثة ومن منظور مقارن بين القانون الأردني والفرنسي في الفصل الأول، وبإيجاز ماهية التحكيم ومدى موائمته للطبيعة القانونية للعقود الإدارية الدولية الاستثمارية، والتضارب الفقهي الذي تفاوت ما بين معارض ومؤيد لفكرة اللجوء للتحكيم في هذه العقود، وموقف التشريع والقضاء الأردني والقضاء الفرنسي من ذلك، أما الفصل الثاني فقد تناولت الباحثة فيه إجراءات التحكيم وآثارها في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية من حيث القواعد القانونية المنظمة لإجراءات التحكيم واختصاصات هيئة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع، وآثار حكم التحكيم على هذه العقود، في حين تناولنا في الفصل الثالث تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، من حيث آلية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وحالات الامتناع عن تنفيذ أحكام التحكيم في اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الآخرى لسنة (1965)، واتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة (1958)، وفي التشريعين الأردني والفرنسي.

وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نجملها بما يلي:

النتائج:

1- تناول المشرع الأردني في المادة الثالثة من قانون التحكيم رقم (31) لسنة (2001) وبشكل عام مسألة سريان هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام والخاص، وبهذا فقد أباح قانون التحكيم الأردني اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الإدارة ممثلة بأشخاصها العامة طرفاً فيها، ومن ضمنها العقود الدولية، طالما أنها ذات طابع استثماري.

2- لا زال القضاء الإداري في الأردن غير مختص بالرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، لأن المشرع الأردني لم يتناول في قانون

القضاء الإداري رقم (27) لسنة (2014) المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بمجملها من اختصاص المحاكم الإدارية.

3- استنادا لنص المادة الأولى والمادة السادسة عشرة من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني، والتي تقابلها المادة الثانية والمادة الحادية عشرة من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الفرنسي، يستنتج، وبالإضافة لانطباق معايير العقود الإدارية على هذه العقود، بأنها إحدى طوائف العقود الإدارية الاستثمارية سواء أكانت داخلية أم دولية، ويجوز اللجوء للتحكيم لحسم المنازعات الناشئة عنها.

4- ساوى المشرع الأردني بين أنواع التحكيم في المادة الثالثة من قانون التحكيم، سواء الدولي أو الداخلي، دون أن يمنح النوع الأول خصوصية ورعاية تشريعية، ونحن هنا نتحدث عن اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات العقود الإدارية الدولية الاستثمارية أي عن أهم نوع من أنواع العقود التي تبرمها الدولة وذلك بالنظر إلى المحل والأهداف التي تنصب عليها، والطرف الآخر في العقد وهو بالضرورة جهة استثمارية أجنبية.

5- انطلاقا من القاعدة الأصولية التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين"، أكد المشرع الأردني في قانون التحكيم على الصفة الاتفاقية لعقد التحكيم طالما كانت الإرادة صريحة ومعبر عنها، وإذا ما ترك الخيار لهيئة التحكيم فإن ذلك يتم ضمن ضوابط بينتها المادة (36) من القانون تتعلق بشروط العقد موضوع النزاع والأعراف الجارية، والعادات المتبعة وما جرى عليه العرف بين الطرفين.

6- تنص المادة (16) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الأردني على أن القانون الواجب التطبيق على حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، ومن ضمنها العقود الإدارية الدولية الاستثمارية هو القانون الأردني، غير أن الأحكام القضائية منحت المعاهدات الدولية مرتبة أعلى من القانون، مما يعني وجوب تطبيق ما ورد في اتفاقية واشنطن، حيث منحت هذه الاتفاقية الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم المحالة للتحكيم.

7- تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، وفقا لما ورد في المادة (36) من قانون التحكيم الأردني، وهو ذات النهج الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة (1511) من قانون الإجراءات المدنية.

8- يعد سبباً من أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم وفقاً لما جاء في المادة الثانية من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، عدم صحة تبليغ الخصم

المطلوب تنفيذ الحكم عليه بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه أن يقدم دفاعه لأي سبب آخر.

9- منحت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول، الحكم التحكيمي في المادة (54) الصفة الإلزامية لتنفيذ حكم التحكيم بالنسبة لكلا الطرفين، ثم سمحت المادة (27) منها للدولة المتعاقدة أن تدفع بالحصانة السيادية.

10-يجوز للمحكمة – وفقا للمادة السابعة في قانون تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الأردني – رفض طلب تنفيذ الحكم الأجنبي، إذا لم تكن المحكمة التي أصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة، وهو نص يفيد منح القضاء سلطة واسعة في رفض أو قبول تنفيذ حكم التحكيم بناء على هذه الحالة.

11--لم يتناول المشرع الأردني في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني مسألة تسبيب حكم التحكيم الأجنبي.

التوصيات:

1- توصي الدراسة منح القضاء الإداري الولاية العامة للنظر في مختلف المنازعات الإدارية ومن بينها المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، حتى تتمكن من بسط رقابتها على العملية التحكيمية في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، أسوة بالمشرع الفرنسي الذي منح الولاية بنظر كافة المنازعات الإدارية لمجلس الدولة الفرنسي ومن ضمنها منازعات العقود الإدارية.

2- توصي الدراسة بتعديل قانون التحكيم الأردني، بحيث يفرد أحكاماً تفصيلية تتعلق بالتحكيم الدولي، على غرار ما فعله المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية المعدل لسنة (2011)، والذي خصص الباب الثاني منه لمعالجة الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي بدءاً بالمادة (1504)، وذلك لأهمية هذا النوع من التحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية.

3- نقترح على المشرع الأردني، وفي ضوء السماح باللجوء إلى التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بأن يورد نصاً في قانون التحكيم الأردني يستثني من خلاله هذا النوع من العقود من قائمة المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ليكون واضحا أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص لها طبيعة وأحكام مستقلة عن عقود الامتياز.

4- نتمنى على مشرعنا الأردني تعديل قانون التحكيم الأردني، وعدم الاكتفاء بما ورد في نصوص متفرقة من قوانين مختلفة، مثل قانون تشجيع الاستثمار الملغي وقانون الاستثمار

الجديد؛ لمعالجة الأمور التي تخص التحكيم الدولي في العقود الدولية ذات الطابع الاستثماري، خصوصاً إذا ما كان أحد أطرافها (الدولة ممثلة بأشخاصها العامة) وضرورة الاقتداء بالمشرع الفرنسي، والذي ضمّن الباب الثاني المتعلق بالتحكيم الدولي نصاً يوجب على الهيئة التحكيمية في مجال التحكيم الدولي، تأمين المساواة بين الأطراف واحترام مبدأ الوجاهية، لأن هذا يعطي إجراءات التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الدولية خصوصية وأهمية قانونية خاصة.

5- نظراً لأهمية التحكيم في المنازعات الإدارية الدولية الاستثمارية، فإننا نقترح على المشرع الأردني أن يضمن قانون التحكيم نصاً مماثلا لنص المادة (1512) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي بحيث لا يسمح لهيئة التحكيم في اختيار القانون الأنسب للنزاع، إلا إذا منح الأطراف هيئة التحكيم هذا الحق، وهو أمر تشددت به اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار في المادة (42) منها، لدى حظرها إصدار حكم التحكيم في ضوء سكوت القانون وغموضه، فنحن لا نؤيد فكرة إعمال إرادة المحكم بدلاً من إرادة الأطراف حال سكوتهم والاعتراف بالإرادة الضمنية في هذا الصدد، كما أننا لا نتصور عقد إداري دولي استثماري يتضمن الإحالة لنظام التحكيم دون تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عنه، سواء اتخذ شكل اتفاق التحكيم صورة الشرط أو المشارطة.

6- توصي الدراسة بإيراد نص في الدستور الأردني، شبيه بنص المادة (55) من الدستور الفرنسي، يتضمن بأن للمعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها بصورة قانونية سموا على القانون الداخلي، وعدم الاكتفاء فقط بما استقرت عليه الأحكام القضائية.

7- توصي الدراسة بأن تراعي هيئة التحكيم -في كل الأحوال-، المبادئ العامة الواجب اتباعها بحكم ما ورد في نص المادة(36) من قانون التحكيم بحيطة وحذر بالغين مراعية بذلك نقطة أساسية في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، ألا وهي المحل الذي تنصب عليه هذه العقود وهو المرفق العام، والهدف وراء إبرامها وهي المصلحة العامة، وهي أمور تعلو باعتقادنا على مبادئ وأعراف القانون الدولي، لأن ذلك يعطي لهيئة التحكيم صلاحية واسعة، مما قد يؤدي إلى إقصاء القانون الذي اختاره الأطراف وهذا بحد ذاته يتعارض مع فكرة اللجوء للتحكيم في هذه العقود.

8- رغم الموازنة بين حقوق أطراف العملية التحكيمية، التي أشارت إليها الفقرة الأولى من المادة الأولى في اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والمتعلقة بعدم صحة تبليغ الخصم واستحالة تقديم دفاعه، إلا أننا نعتقد بأن هذا النص أتى

مرنا لدرجة تمكن الطرف الخاسر أن يتذرع بعدم صحة التبليغات رغبة منه في المماطلة بالتنفيذ أو التهرب منه، لذا نقترح تعديل هذه الفقرة.

9- حفاظاً على الغاية من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، توصي الدراسة بضرورة تفسير ما ورد في المادة (27) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بحذر شديد، والمتعلقة بإمكانية أن تمتنع الدولة الطرف في الاتفاقية عن تنفيذ حكم التحكيم متعذرة بالحماية الدبلوماسية، وإلا ضاعت العبرة من الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة اتفاقية في هذه العقود إذا ما فقد الحكم الصادر عن المحكمة التحكيمية صفة الإلزام.

10- توصي الدراسة بتعديل المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني، بحيث تنتفي صفة التخيير التي منحها المشرع الأردني للمحكمة، والإفادة من تجربة المشرع الفرنسي الذي حصر في المادة (1520) حالات الامتناع عن تنفيذ حكم التحكيم، لأن ترك الأمر للمحكمة من شأنه أن يؤدي إلى تنفيذ أحكام تتعارض مع ما ورد في النص من أسباب توجب عدم تنفيذ الحكم، وبذلك تضيع الحكمة من اللجوء للتحكيم، ويصبح الحكم مجرداً من الضمانات الممنوحة للطرف الخاسر، وهو ما ينتزع منه المصداقية والعدالة.

11- نتمنى على مشرعنا الأردني تضمين قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية نصاً قانونياً يؤكد على ضرورة تسبيب قرار التحكيم القاضي بمنح الصيغة التنفيذة، كما فعل المشرع الفرنسي في المادة (1517) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، لأن تسبيب الحكم هو من أهم الأسباب التي تجعله عنوانا للحقيقة، وتزداد هذه الأهمية في العقود الإدارية الدولية الاستثمارية، وعلى نحو يعزز ثقة الأفراد والمستثمر بالدولة، مما يجذب المزيد من المشاريع التي تساهم بالضرورة في إنشاء وتطوير وتسيير المزيد من المرافق العامة ويحقق المصلحة العامة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب القانونية

1. ابراهيم، ابراهيم (1986)، **التحكيم الدولي الخاص**، ط1، القاهرة: دارالنهضة العربية.
2. أبو الوفا، أحمد (1988)، **التحكيم الاختياري والإجباري**، الإسكندرية: منشأة دار المعارف.
3. أبو قحف، عبد السلام (2001)، **نظريات التدويل وجدوى الاستثمارات الأجنبية المباشرة**، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة.
4. الأسعد، بشار (2006)، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
5. اسماعيل، محمد (2014)، **دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
6. البحيري، عزت (1997)، **تنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية (دراسة مقارنة)**، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.
7. البطاينة، عامر (2008)، **دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي**، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
8. بني مقداد، محمد (2012)، **المسلك السليم لإصدار وتنفيذ حكم التحكيم (دراسة نظرية تطبيقية مقارنة)**، ط1،عمان، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع.
9. البهجي، عصام (2008)، **التحكيم في عقود البوت (BOT)**، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
10. التحيوي، محمود (2003)، **طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به**، ط1، القاهرة: دار الفكر الجامعي.
11. التحيوي، محمود (2010)، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
12. ترك، محمد (2006)، **شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم**، ط1، مصر: دار الجامعة الجديدة.

13. ترو، مصطفى (1992)، **سلطة المحكم الدولي في تطبيق القواعد القانونية على موضوع النزاع**، ط1، دون دار نشر ومكان نشر.

14. الجازي، عمر (2014)، **اختصاص هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)**، بيروت: مكتبة صادر ناشرون.

15. الجبوري، ماهر (2012)، **الوسيط في القانون الإداري**، العراق: وزارة التعليم العالي.

16. الجبوري، ماهر (2017)، **القانون الإداري**، ط1، بغداد: مطبعة الذاكرة.

17. الجمال، مصطفي، وعبد العال، عكاشة (1998)، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، ط1، ج1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.

18. الحجار، حلمي (2002)، **الوسيط في أصول المحاكمات المدنية**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

19. الحداد، حفيظة (1994)، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية**، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

20. الحداد، حفيظة (2001)، **الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

21. الحداد، حفيظة (2003)،**العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

22. حداد، حمزة (2007)، **التحكيم في القوانين العربية**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

23. الحكيم، عبد المجيد (1993)، **الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية**، ج1، ط1، عمان: الشركة الجديدة للطباعة.

24. حلمي، عمر(1993)، **معيار تمييز العقد الإداري**، القاهرة: دار النهضة العربية.

25. الحلو، ماجد (2000)، **العقود الإدارية والتحكيم**، ط1، بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر.

26. خليل، أحمد (2003)، **قواعد التحكيم (دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي)**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

27. رضوان، أبو زيد (1981)، **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، القاهرة: دار الفكر العربي.

28. الزعبي، عوض (2010)، **الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ط2** عمان: أثراء للنشر والتوزيع.

29. ساري، جورجي (1999). **التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية،** القاهرة، دار النهضة العربية.

30. سامي، فوزي (2006)، **التحكيم التجاري الدولي،** ط3، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

31. سلامة، أحمد (2006)، **التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية: المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية،** ط1، ج1، القاهرة: دار النهضة العربية.

32. السنهوري، عبد الرزاق (1998)، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام،** بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

33. الشرايري، أحمد (2011)، **بطلان حكم التحكيم ومدى مراقبة محكمة النقض (التمييز) عليه (دراسة مقارنة)،** ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع .

34. الشرقاوي، محمود (2011)، **التحكيم التجاري الدولي (دراسة قانونية مقارنة)،** ط1 القاهرة: دار النهضة العربية.

35. الضمور، قاسم (2003)، **تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقا للقانون الأردني والاتفاقيات الدولية،** ط1، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.

36. الطماوي، سليمان محمد (1984)، **الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، ط4** القاهرة: مطبعة عين شمس.

37. عبد التواب، أحمد (2009)، **اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به،** ط1، القاهرة: دار الجامعة الجديدة.

38. عبد التواب، معوض (2009)، **الموسوعة الشاملة في التحكيم،** ط1، الكويت: دار مشاري للإصدارات القانونية.

39. عبد العال، عكاشة (1998)، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،** ط1 القاهرة: دار النهضة العربية.

40. عبد المنعم، خليفة (2011)، **التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية (دراسة تحليلية تطبيقية)**، ط1، الإسكندرية: منشأة المعارف.

41. عبد الهادي، بشار (2005)، **التحكيم في منازعات العقود الادارية**، ط1، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.

42. عبد الهادي، عباس، وهواش، جهاد (1982)، **التحكيم الاختياري- التحكيم الإلزامي التحكيم في المنازعات الدولية**، ط1، دمشق: المكتبة القانونية للنشر والتوزيع.

43. عشعوش، أحمد (1990)، **التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار (دراسة مقارنة)**، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة .

44. العصار، يسري (2002)، **التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية**، مصر: دار النهضة العربية.

45. عكاشة، خالد (2014)، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة)**، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

46. علي، عبد الله عيسى (2009)، **حكم التحكيم**، الإسكندرية: منشأة المعارف.

47. عمر، نبيل، خليل، أحمد (2004)، **قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة)**، ط1 بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

48. العنزي، ممدوح (2006)، **بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي (الأسباب والنتائج – دراسة مقارنة)**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

49. كنعان، نواف (2012) **الوجيز بالقانون الإداري الأردني**، ط4، الإمارات العربية المتحدة: الآفاق المشرقة.

50. الكيالي، محمود (2012)، **أصول المحاكمات والمرافعات المدنية**، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

51. المحروقي، شادية (2005)، **الإجراءات في الدعوى الإدارية**، ط1، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

52. المحروقي، شادية، وناجي، أحمد (2012)، **التحكيم في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)** ط1، الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد.

53. محمدين، جلال (2001)، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

54. مخلوف، أحمد (2005)، **اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية**، ط2، القاهرة: دار النهضة العربية.

55. مشيمش، جعفر (2009)، **التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره (دراسة مقارنة)**، ط1، بيروت: مكتبة زين الحقوقية والأدبية.

56. المصري، محمد (2003)، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية (دراسة مقارنة)** ط1، عمان: دار قنديل للنشر والتوزيع.

57. ملكاوي، بشار، ومساعدة، نائل (2008)، **شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني**، ط1، عمان: دار وائل للنشر.

58. المنايلي، هاني (2011)، **اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية**، ط1، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

59. المواجدة، مراد (2015)، **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي**، ط2، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

60. ناصيف، الياس (2012)، **العقود الدولية والتحكيم الإلكتروني**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

61. النعيمي، أبو بكر (2014)، **الاساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية (عقود البوت (BOT) وعقود الشراكة (PPP)**، ط1، عمان: دار الحامد للنشر والتوزيع.

62. هند، حسن (2007)، **التحكيم في المنازعات الإدارية دراسة قانونية**، مصر: دار الكتب القانونية.

ثانياً: الرسائل الجامعية

63. أبو حلو، شادي (2004)، **تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وفقا لاتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة العالمية**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت المفرق، الأردن.

64. أبو عمر، محمد، (2016)، **الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

65. البستنجي، ياسر (2007). **دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الأردن**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

66. البطوش، عبد الله (2014)، **التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة العلوم الإسلامية، عمان، الأردن.

67. خيال، فتح الله (2002)، **التحكيم في عقود الدولة**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر.

68. ضيا، ليندا (2008)، **خصوصية التحكيم في حل المنازعات المتصلة بالاستثمار وفقا لمعاهدة واشنطن (1965)**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان.

69. عبيدات، مثقال (1999)، **تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التحكيم التجاري الدولي** رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

70. علي، غسان (2004)، **الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.

71. عليان، حسام (2003)، **الرقابة القضائية على التحكيم وفقا للقانون الأردني**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.

72. عمراني، فيصل (2011)، **عقود الشراكة العمومية الخاصة - دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، الجزائر.

73. الفواعير، سيف (2016)، **عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في ضوء قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (31) لسنة (2014)**، أطروحة دكتوراه غيرة منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

74. المقابلة، مازن (2004)، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.

75. وليد، خالد (2017)، **التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) والعقود المرتبطة بها (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن.

ثالثاً: الأبحاث والمقالات

76. أبو العنين، محمد (2002)، **بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في منازعات بعض القوانين الخاصة بعنوان "الاتجاهات الدولية الحديثة في التحكيم والتوفيق"**، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

77. الجبوري، ماهر (2016)، **أثر طريقة حل منازعات العقد الإداري في ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار**، عمان، الجامعة الأردنية، دراسات عدد علوم الشريعة والقانون.

78. حزبون، جورج (1988)، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، **مجلة نقابة المحامين الأردنيين**، العدد الرابع، والخامس والسادس.

79. راغب، وجدي (1993)،هل التحكيم نوع من القضاء، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت العدد الأول.

80. شعيب، مجدي (2015)، إنشاء هيئة التحكيم الإداري بين إرادة الأطراف ومعاونة القضاء، دراسة تحليلية للمشاكل العملية المتعلقة بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري في فرنسا ومصر، **بحث منشور في مجلة الحقوق** ،الشارقة، العدد 4،ص341.

81. العكور، عمر، والعدوان، ممدوح، وبيضون، ميساء، (2013)، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، **بحث منشور لدى مجلة الدراسات**، علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1.

82. علوان، محمد (1976)، الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية الدولية عمان، **بحث منشور لدى نقابة المحامين الأردنيين** العدد (11).

83. الملاحمة، فراس عبد الكريم، (2010)، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لنص المادة (1/5/هـ) من اتفاقية نيويورك لعام 1658 **بحث منشور لدى مجلة مؤتة للبحوث والدراسات،** سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول.

84. الوزارة الأولى، المدرسة الوطنية للإدارة، معهد تنمية قدرات كبار الموظفين، **الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص،** الدورة الرابعة (2010/11- 2011/7)، تونس.

رابعاً: التشريعات المختلفة

85. اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها لسنة (1958) المنشورة على الصفحة 2195 من عدد الجريدة الرسمية رقم (3585) بتاريخ (1988/11/16).

86. اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة (1965).

87. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم(24) لسنة (1988) في صيغته المعدلة بموجب القانون رقم (14) لسنة (2001)، والقانون المعدل رقم (26)، لسنة (2002) والقانون المعدل رقم (16) لسنة (2006)

88. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المتعلق بالتحكيم كما تم تعديلها بالمرسوم رقم (2011-48)، الصادر بتاريخ (13 /2011/1).

89. قانون الاستثمار الأردني رقم (30) لسنة (2014).

90. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (2001)، نيويورك منشورات الأمم المتحدة.

91. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لسنة (1985) بصيغته التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري والمعدلة في عام (2006).

92. قانون التحكيم الأردني، رقم (18) لسنة (1953).

93. قانون التحكيم الأردني، رقم (31) لسنة (2001).

94. قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم(31) لسنة (2014)، المنشور على الصفحة (6358)، من عدد الجريدة الرسمية رقم (5310) بتاريخ (2014/11/2).

95. قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة (2014).

96. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976).

97. قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغي رقم (16) لسنة (1995)، وتعديلاته لعام (2000).

98. قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية (الأردني)، رقم (8) لسنة (1952).

99. قواعد الأونسيترال لسنة (2010).

100. نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية (ICC) لسنة (1988).

خامساً: قواعد البيانات الإلكترونية

101. منشورات مركز عدالة.

102. مجلة نقابة المحامين.

103. دليل الاسكوا للاتفاقيات الثنائة للاستثمار، الجزء العاشر، ص139، من منشورات الاسكوا، تم استرجاعه بتاريخ 2017/8/23 من الموقع الإلكتروني الرسمي للاسكوا

https://www.unescwa.org/ar/sub-site/94464/resources

سادساً: المراجع باللغة الإنجليزية

104. **Rehabilitation, Expansion and Operation Agreement -Relating to- Queen Alia International Airport** –Between- The Hashemite Kingdom of Jordan, Acting by and through its Executive Privatization Commission –and- (investor), Third Draft: 25/2/2007.

سابعاً: المراجع باللغة الفرنسية

105. Code Civil. Version (2017). Titre Préliminaire: De La Publication, Des Effets Et De L'application Des Lois En Général.
106. Code De Justice Administrative Version Consolidée Au 4 Juillet (2017).
107. Conseil d'État 3ème / 8ème ssr15 Février 2016 N° 389313
108. Conseil d'État 9ème / 10ème ssr 9 Mars 2016 N° 384092.
109. Dalloz. **Lexique Des Termes Juridiques** (2016- 2017), Imprimé En Italie Par L.E.G.O.S.P.A
110. Jean-Baptiste Racine (2016) **Droit D'arbitrage**- France-Par La Nouvelle Imprimerie.
111. Jean–Marc Sauvé, Vice- Président Du Conseil d’Etat (2009), **L’arbitrage Et Les Personnes Morales De Droit Public**. Colloque.
112. Journal de droit International. Clunet.
113. La Constitution Française De (1958-1962).
114. Le Conseil D’état Et La Juridiction Administrative. 8 Novembre (2016) **Juridictions Administratives Et Arbitrage International**.
115. LE CONSEIL D’ÉTAT ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE. 8 novembre (2016) Juridictions **administratives et arbitrage international**. la possibilité de soumettre le litige à l’arbitrage.
116. Le Rapport Du Conseil D'état Français (Pour L'arbitrage Portant Sur Litiges D'ordre Administratif .
117. Ordonnance N° 2004-559 Du 17 Juin (2004) Sur Les Contrats De Partenariat.

ARBITRATION OF DISPUTES IN INTERNATIONAL ADMINISTRATIVE INVESTMENT CONTRACTS (COMPARATIVE STUDY JORDAN, FRANCE)

By

Rola Nael Salama

Supervisor

Dr. Mohammed Al-Khalayleh, Prof

ABSTRACT

Based on the importance of international investment contracts and their role in the establishment, development and operation of public utilities, this study aims to examine arbitration as a means to settle disputes arising from these contracts, taking into account the legal nature of such type of contracts, as that the administration is usually a part of a contract, and foreign investor is the other, and because such contracts aim to establish and operate public utilities for the purpose of providing services to individuals.

This study, which consists of three main chapters, dealt from a comparative perspective with the subject of arbitration in disputes arising from international investment contracts. It considers the concept of arbitration in general and its suitability for this type of contract, the position of the Jordanian and French legislators in this regard, and the implementation of the arbitral award.

The study concluded a number of results, the most important of which are that the international investment contracts are in accordance with the strict legal adaptation of the contracts between the public and private sectors, which the Jordanian legislator recently dealt with in the Public Private Partnership Law No. (31) of 2014, which is similar to the French legislator approach in in 2004 law. The legislator in two countries allowed arbitration in such contracts.

The researcher came up with a set of recommendations; the most important of which is the need for the Jordanian legislator to deal with the provisions related to international arbitration in detail and independently in the arbitration law, and to establish the rules governing the use of arbitration in international investment contracts as the French legislator did in the Code of Civil Procedure.